UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES D'AIX-EN-PROVENCE

L'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVÉ DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE EN JUIN 1970

PAR

Jean-Paul NÉGRIN

Membres du Jury
Président : M. Charles DEBBASCH, Professeur
Assesseur : M. Jean-Claude VENEZIA, Professeur
Assesseur : M. Jacques DE LANVERSIN, Professeur

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, Rue Soufflot (5e)

1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545823_0001

L'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVÉ DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES D'AIX-EN-PROVENCE

L'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVÉ DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE EN JUIN 1970

PAR

Jean-Paul NÉGRIN

Membres du Jury
- Président : M. Charles DEBBASCH, Professeur
- Assesseur : M. Jean-Claude VENEZIA, Professeur
- Assesseur : M. Jacques DE LANVERSIN, Professeur

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, Rue Soufflot (5e)

1971

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

A MES PARENTS

A MA FEMME

INTRODUCTION

Tous les maîtres du droit public, positivistes ou non, et en ce dernier cas, quel qu'ait été le système philosophique sous-tendant leur pensée juridique, ont montré l'importance de l'idée de collaboration des personnes privées aux fonctions étatiques.

La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative n'en est qu'un aspect particulier et s'en distingue par trois traits limitatifs : un champ d'application plus réduit, des personnes agissantes moins nombreuses, une action d'un contenu plus restrictif que celui de collaboration.

Le principe de collaboration des personnes privées aux fonctions étatiques s'applique à l'ensemble du droit public, tant interne qu'international (1).

Carré de Malberg en a montré les applications dans les différentes branches du droit public interne, et a même songé à faire de ce principe un élément essentiel de la définition juridique de l'Etat. Il y a finalement renoncé, mais n'en a pas moins considéré que « du point de vue de la science politique, la collaboration mérite aujourd'hui de figurer au premier plan dans la définition de l'Etat » (2).

Dans le prolongement logique de la négation de la théorie de la souveraineté de l'Etat, et se fondant sur des considérations historiques ou de droit positif, Duguit montre qu'il n'est aucune fonction de l'Etat qui soit insusceptible d'être gérée, partiellement au moins, par des personnes privées (3).

On ne saurait se livrer à une analyse, approfondie, portant sur l'ensemble des fonctions de l'Etat. Aussi la première exclusion vise-t-elle toutes les fonctions de celui-ci autre que la fonction administrative (4), seule retenue dans cette étude.

---

(1) Cf. le rôle d' « agent d'exécution d'un service public international » assigné à la Croix-Rouge par les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 (L'expression est de Mlle F. Noailly, La Croix-Rouge au point de vue national et international, th. Lyon 1935, p. 246).

(2) Carré de Malberg, Avant-propos de « Contribution à la Théorie générale de l'Etat », p. VIII, X, XV. Cf. les élections, les votations, les partis politiques qui sont juridiquement des personnes morales de droit privé et dont la fonction politique a été constitutionnalisée par l'article 4 de la constitution du 4 octobre 1958.

(3) Duguit, De la situation des particuliers à l'égard des services publics, R.D.P. 1907, p. 411 ; Les services publics et les particuliers, Congrès des Sciences administratives, Bruxelles, 1910 ; Traité de Droit Constitutionnel, 3e édition, t. 2, p. 59 et s.

(4) Cf. J. Rivero, « La fonction administrative en tant que fonction étatique », in La fonction administrative, Encyclopédie française, tome X, p. 329.

Si, pour préciser l'idée de collaboration, la majorité de la doctrine s'en tient également à la fonction administrative, elle n'opère pas en général la seconde limitation envisagée ici, portant sur les agents de l'intervention. Elle prend en considération aussi bien les personnes physiques que les personnes morales, ce qui présente l'inconvénient d'étudier ensemble des théories juridiques propres à chacune de ces deux catégories de sujets de droit et sans lien étroit entre elles. L'exclusion des personnes physiques se justifie par un souci d'unité quant aux agents de l'intervention (5), et n'entraîne au surplus aucun inconvénient majeur. Dans la plupart des cas, les interventions ont pour auteurs des sujets de droit dotés de la personnalité morale, soit que la puissance publique l'impose — le plus souvent à des fins de contrôle — même si en réalité l'auteur de l'intervention est une personne physique (par exemple, concession accordée à un individu à condition qu'il se substitue dans un certain délai une société anonyme) (6), soit que les particuliers y recourent d'eux-mêmes, l'action collective étant, comme le notait Saleilles, le meilleur moyen de coopérer à la mission de l'Etat (7). Cette première démarche étant simplement extérieure et négative, il suffit pour l'instant d'avoir indiqué et justifié l'exclusion des personnes physiques.

Plus délicate est la dernière limitation. Elle concerne les rapports de la notion d'intervention et de l'idée de collaboration. Les deux ont en commun d'exclure les hypothèses dans lesquelles les personnes morales de droit privé sont, par rapport à l'action administrative, dans une situation de tiers ou d'usager.

Les auteurs, qui jusqu'ici ont abordé le problème de la collaboration des particuliers à l'action administrative, ont pris ce terme dans son acception la plus large. Sur cette question se sont rejointes les positions, par ailleurs divergentes, des différentes « écoles du droit public ».

Le doyen Hauriou, au moins du temps où il fonde de grands espoirs sur la notion de service public, considère l'idée de collaboration comme la base fondamentale de tout le droit administratif, et la définit d'une manière très extensive : « Il s'établit... d'une façon nécessaire une collaboration entre l'administration et le milieu administrable » comparable à « une certaine forme de société ». Hauriou en tire des conséquences juridiques notamment en ce qui concerne le contentieux de pleine juridiction qu'il prétend expliquer par l'idée de collaboration et de « société ». Le recours de pleine juridiction est « l'action

(5) Unité purement juridique comme le montrera la distinction des personnes morales privées « authentiques » et « fictives » (V. infra, p. 16 s.).

(6) Pratique fréquente en droit administratif, ainsi justifiée par Romieu : « On veut garantir à l'entreprise une durée qui excède les limites de la vie humaine ; on veut que les opérations personnelles du concessionnaire ne soient pas mélangées avec celles de la société », concl. sur C.E., 5 mars 1897, Verdier et Compagnie française de Kong, S. 1898.III, p. 20, note Hauriou.

(7) R. Saleilles, De la personnalité juridique. Histoire et théories, Paris, A. Rousseau, 1910, p. 41. La période actuelle connaît d'ailleurs une extension de l'action collective à des secteurs où jusqu'ici elle n'était pas ou peu pratiquée pour des raisons de fait ou de droit (professions libérales, officiers ministériels).

d'une sorte d'associé qui demande un règlement de compte, qui réclame sa part dans la mise sociale ou dans les bénéfices » (8).
Selon Georges Renard, le principe de collaboration doit assurer la synthèse de l'idée de liberté et de l'idée d'autorité (9). Il en étend la portée en l'appliquant notamment au contentieux de l'excès de pouvoir : le recours pour excès de pouvoir est l'instrument de la collaboration des particuliers au maintien de la légalité (10).

La conception qu'en ont les tenants de « l'école de Bordeaux », pour être plus limitée, n'en est pas moins très large. Jèze, par exemple, applique l'idée de collaboration à toutes les situations contractuelles, aux services personnels (toute la fonction publique), aux choses (expropriation par exemple), et même à l'argent (non seulement l'emprunt public, mais également l'impôt) (11).

Bien d'autres ramifications de l'idée de collaboration ont été mises en évidence. Plusieurs auteurs déjà cités (Hauriou, Carré de Malberg) en ont rappelé une illustration qui, oubliée lorsque l'Etat mène une vie sans histoire, réapparaît comme fondamentale lorsqu'il connaît des moments difficiles : celle résultant de la « bonne volonté » des citoyens à exécuter la loi (12).
A cette forme de collaboration, M. Rivero a donné le nom de « collaboration par exécution finale », qu'il oppose, à l'autre extrémité, à la « collaboration par déclenchement » de l'action administrative (13).
Dans le même ordre d'idées, une distinction a été faite entre les services publics, selon qu'ils sont en état « d'indépendance » ou de « dépendance » vis-à-vis des usagers. Dans ce dernier cas, le service ne peut accomplir sa mision que par l'intermédiaire des usagers, qui sont des « collaborateurs de ce service avant d'en être les bénéficiaires » (14).
Ces quelques aperçus montrent, selon l'expression de Carré de Malberg, que « la collaboration est partout ». Avec un contenu si étendu, elle peut difficilement être une notion juridique. Hauriou lui-même avait admis que l'idée de collaboration est une idée plus économique et sociale que juridique, mais sans en tirer les conséquences, puisque c'est sur elle qu'il bâtissait sa théorie de la « gestion administrative » (15).

---

(8) M. Hauriou, La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif, 1899, Paris, Larose, p. I, p. 46.
(9) G. Renard, La collaboration des administrés, Revue du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, 1930, p. 280.
(10) G. Renard, Notions très sommaires du droit public, Sirey, 1920, p. 39. Cf. A.J. Renard, Du contrôle des services publics et de l'application des lois pénales par les associations privées, th. Montpellier, 1914, p. 29.
(11) G. Jèze, Cours de droit public, 1921-1922. La technique juridique. La collaboration des particuliers au fonctionnement des services publics, Paris, Giard, 1922.
(12) M. Hauriou, Notes d'arrêts, t. 1er, p. 519. Cf. la puissance de la doctrine de la « Non-coopération » de Gandhi.
(13) J. Rivéro, Le pouvoir et les administrés devant le juge. Cours E.N.A. 1955, p. 58. Parfois l'usager fait fonctionner lui-même le service (téléphone automatique). Pour d'autres exemples, et une critique de cette « dégradation généralisée du service public », V. A. Demichel, Vers le self-service public, D.S. 1970, chr. XVI, p. 80.
(14) Jouvin, concl. sur C.E., 7 mars 1958, Secrétaire d'Etat à la Santé Publique, R.D.P. 1958, p. 1087.
(15) Hauriou, La gestion administrative, p. 63.

Aussi les auteurs qui ont entendu utiliser la notion de collaboration dans un sens juridique, ont-ils été conduits à donner à celle-ci un sens plus étroit. Ils ont ramené les différentes situations de collaboration à deux types principaux selon la plus ou moins grande intensité de la participation à l'action administrative.

Dans cette perspective, Rolland a opposé « la collaboration par voie d'activité parallèle » qui, comme son nom l'indique est une collaboration en quelque sorte extérieure à l'administration, et « la collaboration par voie de pénétration » qui associe directement les administrés à l'action administrative (16).

Cette double distinction se retrouve sous une forme voisine, dans trois thèses consacrées, à titre unique ou principal, au problème de la collaboration. Dans les trois, figure l'expression « collaboration par voie d'activité parallèle » ; à la notion de « collaboration par voie de pénétration », correspond chez M. Gény l'expression de « collaboration par voie de décentralisation » (17), chez M. Coulognon, celles de collaboration par voie de participation à la direction ou au fonctionnement des services publics gérés par l'administration, et de collaboration par voie de gestion d'un service public (18), chez M. Garrigou-Lagrange, citant M. Auby (19), celle de collaboration par voie de participation directe à la fonction administrative (20).

Les trois thèses précitées permettent de constater que l'idée de collaboration, même réduite à ces deux aspects, correspond à des situations trop hétérogènes pour entraîner l'application d'un régime juridique minimum commun. C'est pourquoi, l'intervention est entendue, dans la présente étude, dans un sens encore plus étroit, qui exclut toutes les situations de collaboration par voie d'activité parallèle (21).

Cette première démarche ayant contribué à préciser ce que n'est pas l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, il convient d'en analyser le contenu positif, ce qui est l'objet même de cette thèse.

---

(16) L. Rolland, Cours de droit administratif, D.E.S. de droit public, Paris, 1939-1940, p. 115 et 116.

(17) B. Gény, Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels, th. Nancy, 1930.

(18) B. Coulognon, La collaboration volontaire des administrés et de l'Administration. Essai d'une théorie d'ensemble, th. Montpellier, 1965.

(19) J.M. Auby, Le milieu juridique, Traité de science administrative, Préface de G. Vedel. Paris, 1966, Mouton et Cie, p. 209.

La « collaboration des particuliers à des tâches d'intérêt général » est de plus en plus analysée par la doctrine. J. Boulouis, Cours de droit administratif, Les cours de Droit, Paris, 1967-1968, p. 3 à 9 ; A. de Laubadère, D.A., n° 57, p. 46 ; P. Weil, Le droit administratif, P.U.F., 1964, p. 36 et s.

V. P. Durand, Les fonctions publiques de l'entreprise privée, Dr. soc. 1945, 246. P. Coulombel, Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé, th. Nancy, 1950, p. 292 s. et « Personne morale », Répertoire de droit civil, Dalloz, 1953, n° 48 s., p. 764.

(20) J.M. Garrigou-Lagrange, Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics, L.G.D.J., 1970.

(21) Et, évidemment, les sens non juridiques de cette expression (Les « interventions » relevant de la notion de groupe de pression). Cf. P. Lucain, De l'intervention, R.A. 1964, p. 616.

Le phénomène étudié correspond notamment à ce qui est nommé « La collaboration par voie de pénétration dans le service public » (Rolland), « La collaboration par voie de participation directe à la fonction administrative » (Auby), « La notion fonctionnelle de service public » (22), la notion de « fonction fin » (23) — avec cette réserve que ces deux dernières expressions englobent, conformément à la logique, en plus des institutions privées celles non définies organiquement, alors que l'objet même de cette étude exige qu'on ne prenne en considération que les seules personnes privées —, « la gestion privée des services publics » (24), cette expression pouvant donner lieu à des confusions dans la mesure où, pour la doctrine française, elle signifie non pas la gestion de services publics par des personnes morales de droit privé, mais l'utilisation des procédés du droit privé par des services publics directement gérés par des personnes publiques.
Il consiste positivement en ceci que des personnes morales de droit privé accomplissent des tâches d'intérêt général que la puissance publique a décidé « d'assumer » sinon « d'assurer ». Elles agissent, non pas en tant que personnes privées exerçant librement des activités d'intérêt général au titre de la collaboration par voie d'activité parallèle, mais en tant qu'agents de l'action administrative.
L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative n'est donc rien d'autre que l'action administrative des personnes morales de droit privé, avec ce que cela comporte en prérogatives et sujétions.

Bien que le phénomène d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative soit en évolution constante, il n'est pas prématuré de vouloir en faire l'étude juridique.

Si l'idée de collaboration est trop vague pour être une notion juridique, tel n'est pas le cas de la notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, dont il est possible de définir les éléments constitutifs. Il existe en effet une catégorie juridique, générique sinon spécifique, des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative.

---

(22) J.L. de Corail, La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français, Préface de P. Couzinet, L.G.D.J., 1954, p. 131 et s.

(23) G. Timsit, Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français, Préface de Ch. Eisenmann, L.G.D.J., 1963, p. 157 et s.

(24) A. Buttgenbach, Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique, L.G.D.J., 1952, p. 389 et s. M. Lop utilise aussi cette expression dans ce sens (Essai sur la notion de service public en droit administratif français, th. Grenoble, 1950, p. 391).

Sur la collaboration des personnes privées aux tâches administratives en droit étranger, V. G. Montagu Harris, The cooperation of voluntary organisations with the central governement and the local authorities, 1er Congrès international des Sciences administratives, Bruxelles, 1910. E. Salle, De l'influence pour une entreprise privée du but d'intérêt général qu'elle poursuit (en droit anglais), Bulletin de la Société de législation comparée, 1930, p. 420 et 1931, p. 528. A. Dorff, Le régime juridique des entreprises de service public aux Etats-Unis, Journal de Droit international privé, 1940-45, p. 546. Murray L. Weidenbaun, Les entreprises privées à destination publique, Futuribles, SEDEIS 1966, p. 493 (« entreprises remplissant une fonction publique », recevant une « délégation d'autorité publique »). L.A. Wautier, La participation des entreprises privées à l'action administrative en Belgique, R.D.P. 1954, 1024. Langrod, Les formes de la participation des masses dans le gouvernement et l'administration de l'U.R.S.S., in l'U.R.S.S. Droit-Economie-Sociologie-Politique-Culture, Sirey, 1962, tome 1er, p. 101 à 140.

On le vérifie en étudiant les conséquences qu'entraîne, sur le régime juridique applicable aux personnes privées, le fait même de participer à l'exercice de l'action administrative. Si ce régime présente quelque incertitude sur des points de détail, ses traits essentiels sont fixés. Les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont soumises à un régime mixte, mi-privé mi-administratif. Ce dernier aspect traduit l'incidence de leur participation à l'action administrative et leur particularisme par rapport aux personnes privées en général.

Cette double analyse permettra de préciser dans quelle mesure l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative correspond à une application particulière de l'idée de décentralisation, ainsi que le suggère le titre même donné par M. Gény à la partie de sa thèse qui correspond en partie à la présente recherche.

Les servitudes du positivisme juridique étant mises à l'écart au terme de cette étude, il sera possible de « juger » le phénomène d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative. Possible, mais aussi nécessaire car celui-ci est en posture d'accusé. Accusé par les uns d'être une manifestation de désagrégation de la puissance publique, accusé par les autres d'être le signe d'une désagrégation du service public.

L'appréciation finale de ces critiques sera d'autant plus facile qu'auront été mieux précisés au préalable :

— d'une part, *la notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative* (PREMIÈRE PARTIE)

— d'autre part, *le régime juridique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative* (DEUXIÈME PARTIE).

PLAN GENERAL

Introduction.

Première Partie. — LA NOTION D'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE.

Titre I. — Les agents de l'intervention.

Dualité sociologique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative.

Unité juridique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative.

Titre II. — Le fondement juridique de l'intervention.

Le problème de l'habilitation préalable.

Les différentes catégories d'habilitation.

Les effets de l'habilitation.

Titre III. — L'objet de l'intervention.

Le contenu de l'action administrative.

Le contenu de l'intervention.

Intervention dans la fonction de police.

Intervention dans la fonction de service public.

Intervention dans la fonction d'aide aux activités privées d'intérêt général.

Deuxième Partie. — LE REGIME JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE INTERVENANT DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE.

Titre I. — Les actes juridiques.

Les actes unilatéraux.

Les contrats.

Titre II. — La condition juridique des agents.

Incompatibilité de la notion d'agent d'une personne morale de droit privé et de la notion d'agent public (Aspect contentieux).

Compatibilité de la qualité d'agent privé et d'une soumission partielle à un régime de droit public (Fond du droit).

Titre III. — La condition juridique des biens.

La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative dans ses rapports avec la notion de travail public.

La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative dans ses rapports avec la notion de domaine public.

Titre IV. — La responsabilité.

La responsabilité administrative des personnes privées.

La responsabilité de la puissance publique du fait de l'activité dommageable des personnes privées.

Conclusion.

TABLE DES ABREVIATIONS UTILISEES

A.J.D.A.	:	Actualité juridique, édition droit administratif.
al.	:	Alinéa.
Arr.	:	Arrêté.
Art. ou art.	:	Article.
B.L.	:	Bulletin des lois.
Bull.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.
Cass. civ.	:	Cour de Cassation, Chambre civile.
Cass. crim.	:	Cour de Cassation, Chambre criminelle.
Cass. Req.	:	Cour de Cassation, Chambre des requêtes.
C.E.	:	Conseil d'Etat.
Chr.	:	Chronique.
C.J.E.G.	:	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz.
Concl.	:	Conclusions.
c.	:	Contre.
C.A.	:	Cours ou traité de contentieux administratif (voir bibliographie).
D.	:	Recueil Dalloz (D.A. Dalloz analytique ; D.C. Dalloz critique ; D.H. Dalloz hebdomadaire ; D.P. Dalloz périodique).
D. ou d.	:	Décret.
D.A.	:	Manuel ou traité de droit administratif (voir la bibliographie).
Dr. Soc.	:	Revue Droit social.
D.S.	:	Recueil Dalloz Sirey.
éd.	:	Edition.
E.D.C.E.	:	Etudes et documents du Conseil d'Etat.
G.A.	:	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative par Long, Weil et Braibant (voir la bibliographie).
G.P.	:	Gazette du Palais.
J.C.P.	:	Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique).
J.O.	:	Journal Officiel, lois et décrets.
J.O., déb. parl. A.N.	:	Journal Officiel, débats parlementaires de l'Assemblée Nationale.

J.O., Doc. adm.	:	Journal Officiel, documents administratifs.
Juriscl. adm., fasc.	:	Jurisclasseur administratif, fascicule.
L.	:	Loi.
L.G.D.J.	:	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
obs.	:	Observations.
op. cit.	:	Ouvrage cité.
ord.	:	Ordonnance.
R.A.	:	Revue administrative.
R.D.P.	:	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.
Rec.	:	Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux et du Tribunal des Conflits et des jugements des tribunaux administratifs.
Rev. trim. droit san. et soc.	:	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social.
R.G.A.	:	Revue générale d'administration.
R.J.P.U.F.	:	Revue juridique et politique de l'Union française.
R.P.D.A.	:	Revue pratique de Droit administratif.
S.	:	Recueil Sirey.
s.	:	et suivantes.
t.	:	tome.
T.A.	:	Tribunal administratif.
T.C.	:	Tribunal des Conflits.
T.G.I.	:	Tribunal de grande instance.
th.	:	thèse.
Trib. civ.	:	Tribunal civil.
V.	:	Voir.

PREMIERE PARTIE

La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative

L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative est la technique juridique par laquelle certains sujets de droit sont légalement chargés d'accomplir des tâches relevant de l'action administrative.

Il y a ainsi trois questions à étudier :

1° *Les agents de l'intervention* (Titre I).

2° *Le fondement juridique de l'intervention* (Titre II).

3° *L'objet de l'intervention* (Titre III).

TITRE I

LES AGENTS DE L'INTERVENTION

Les agents de l'intervention sont les personnes morales de droit privé. Dans une étude orientée vers le droit administratif, il n'est pas nécessaire de présenter de celles-ci un tableau descriptif même limité aux seules catégories fondamentales (société, association, syndicat, fondation, groupement d'intérêt économique), ni de préciser le critère permettant de les distinguer les unes par rapport aux autres (1).

Le présent titre vise simplement à préciser la notion de personne morale de droit privé en insistant sur le qualificatif « de droit privé » et non sur l'expression personne morale. En conséquence sont écartés et les vieux débats sur le fondement de la personnalité morale et les controverses plus récentes portant sur la nécessité de reconnaître la personnalité juridique à certaines institutions qui en sont dépourvues bien que paraissant en remplir les conditions (famille, entreprise, notion de groupe...).

En revanche les contours de la notion de personne morale de droit privé doivent être fixés car ils ne sont pas suffisamment précis. L'incertitude qui règne en doctrine au sujet de la distinction des personnes morales de droit public et des personnes morales de droit privé, s'accompagne souvent chez les auteurs de la certitude de son inutilité quant à la détermination du régime applicable.

---

(1) V. Rivero, D.A., n° 38 ; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 1, par R. Savatier, éd. 1952, p. 77 s. ; Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, 3e éd. 1963, p. 596 ; Kayser (P.), Sociétés et Associations. Leurs domaines respectifs, th. Nancy, 1928 ; Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 3e éd. par L. Trotabas, t. 1er, p. 208 s.

Sur la fondation, V. Canet, Le régime des fondations en France, in Le Conseil d'Etat, Libre jubilaire, Sirey, 1952, p. 433. Sauvel, Les Fondations, leurs origines, leur évolution, R.D.P. 1954, p. 325 ; M. Pomey, Situation actuelle et avenir des fondations en France, Dr. Soc. 1966, 397 et Le mécénat et les fondations, Notes et études documentaires n° 3334, La documentation française, 1966.

Sur « La reconnaissance comme établissement d'utilité publique », V. H. Puget, Musée social, 1926.

D'un point de vue pratique, V. Ch. Ozanam, Associations, Syndicats, Fondations, 4e éd., Sirey, 1964.

Sur « Le groupement d'intérêt économique », V. Guyon et Coquereau, Dalloz, 1969, n° 2, 5 et s.

Ni l'une ni l'autre ne sont fondées. Certains auteurs ne sont-ils pas tentés de nier ou de minimiser la portée de la distinction des personnes morales de droit privé et des personnes morales de droit public tout simplement parce qu'il est délicat d'en donner le critère ?

A la vérité, cette distinction ne présente une telle incertitude que parce que trop d'auteurs se méprennent sur la fonction du droit et s'enferment dans le faux dilemme suivant : rendre compte de la réalité juridique en méconnaissance d'une certaine réalité sociologique, ou décrire cette dernière au mépris de la réalité juridique.

Constatant qu'au sein des personnes morales de droit privé il existe un grand nombre d'institutions relevant du secteur public, et rejetant les critères formels, ils établissent des critères de distinction nouveaux qui restreignent considérablement le contenu de la notion de personne morale de droit privé (2) : les personnes morales de droit privé seraient les institutions du secteur privé, les personnes morales de droit public, celles du secteur public ; ce faisant, ils méconnaissent l'importance du secteur dit semi-public, et la difficulté de la ventilation à faire en son sein entre ce qui ressortit à l'un ou à l'autre, laquelle est nécessaire, étant donné l'absence d'une troisième catégorie de personnes juridiques.

Utilisant une méthode d'analyse mi-économique, mi-juridique, ils élaborent des constructions intéressantes sur le plan de la science administrative, mais, malgré qu'ils en aient, contraires au droit positif.

S'il est vrai que « les facultés de droit n'ont jamais eu la superstition de la forme au point d'assimiler la connaissance scientifique à un culte rendu à des cadres vides », il est peut-être moins exact que « si la réalité déserte la règle, il leur faut suivre les avatars de la réalité » (3). Si regrettable que soit l'écart entre la règle de droit et les faits, la fonction du droit n'est pas de rendre compte des faits mais de les régir.

En réalité, ces auteurs paraissent confondre deux questions : Existe-t-il en droit positif une notion juridique de la personne morale de droit privé ? Cette notion est-elle bonne ou mauvaise ?

Or, si la distinction des personnes morales de droit privé et des personnes morales de droit public est nécessaire car comportant des conséquences juridiques, elle est également possible. Qu'elle soit bonne ou mauvaise, c'est une autre question. Pour la clarté d'une discipline, il vaut mieux dire exactement l'état du droit positif, quitte à prendre conscience de son inadaptation et à proposer les modifica-

---

(2) A suivre certains auteurs, la présente thèse serait de par son objet même un non-sens dans la mesure où selon eux, toute institution qui assume une fonction administrative devient (si elle ne l'était déjà) une institution publique, par une sorte de novation juridique. Le juge administratif a toujours admis le contraire. V. infra, p. 154. Adde, C.E., 15 nov. 1968, Dame Vve Lévy-Abegnoli, Rec. 574 (« qu'en admettant que la convention... puisse être regardée comme ayant investi lesdites écoles d'une mission de service public, la convention n'a eu ni explicitement ni implicitement pour effet de faire perdre à l'Association... son caractère d'association privée reconnue d'utilité publique et de lui conférer le caractère d'un établissement public »).

(3) G. Burdeau, L'entrée de la science politique dans les facultés de Droit, Dr. Soc. 1958, p. 481.

tions souhaitables, que de construire des systèmes donnant à tort l'impression d'en rendre fidèlement compte.

Une telle option n'implique pas que l'on doive se limiter à une étude juridique. Pour qui désire préciser les solutions du droit positif sans méconnaître certaines réalités sociales, la seule méthode acceptable n'est pas de mêler un point de vue juridique et sociologique, mais d'opérer séparément les deux analyses (4).

Appliquée aux agents de l'intervention, cette méthode conduit à constater que, si d'un point de vue sociologique il y a deux catégories de personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative, du point de vue du droit cette dualité sociologique correspond à une unité juridique.

Chapitre I : *Dualité sociologique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative.*

Chapitre II : *Unité juridique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative.*

(4) Cette position rejoint celle de M. Auby (note sous T.C., 20 nov. 1961, Bourguet, J.C.P., 1962, II.12 572 et préface à la thèse de M. Sabourin, Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français, L.G.D.J. 1966).

Conformément à la pratique dominante en doctrine, les expressions personnes publiques et personnes privées sont considérées comme synonymes des expressions personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé, contrairement à M. Auby qui réserve les premières à l'analyse « politico-juridique » et les secondes à l'analyse « purement juridique ».

CHAPITRE I

DUALITE SOCIOLOGIQUE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE INTERVENANT DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE

(Personnes morales de droit privé « authentiques » et personnes morales de droit privé « fictives »)

Les agents de l'intervention dans l'action administrative peuvent être classés du point de vue de la science administrative en deux catégories : l'une composée de personnes morales de droit privé dites « vraies », « authentiques », « réelles », l'autre composée de personnes privées dites « fictives », « en la forme », « de façade », ou « pseudo-personnes privées » (5).

Les auteurs qui utilisent ces expressions se soucient peu de les définir. Après avoir montré les difficultés qu'il y a à déterminer un principe de distinction, il convient de se demander si les raisons de l'intervention varient selon que l'on est en présence de personnes privées « authentiques » ou de « pseudo-personnes privées ».

Section I

DISTINCTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE « AUTHENTIQUES » ET DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE « FICTIVES »

Un principe de distinction n'est aisé, ni à déterminer ni à appliquer.

§ 1. — RECHERCHE D'UN PRINCIPE DE DISTINCTION.

Aucun critère précis ne permet de décider l'appartenance d'une institution à la catégorie des personnes privées « authentiques » ou « fictives ».

---

(5) Dès le début du siècle un auteur avait parlé de « société paravent ». Cf. P. Pic, Traité élémentaire de législation industrielle, Paris, A. Rousseau, 1908, n° 1369 bis, p. 1061 (A propos des habitations à bon marché).

Ni la mission, ni les prérogatives de puissance publique, ni le financement, ni les contrôles ne peuvent être retenus.

La mission assumée ne peut servir de critère puisque par hypothèse, « authentiques » ou « fictives » les personnes privées interviennent dans l'action administrative.

Pas davantage l'attribution de prérogatives de puissance publique. Elle n'est un indice ni du caractère « fictif » ni du caractère « réel » de l'institution attributaire. Elle jouerait plutôt en faveur du caractère « réel » de la personne privée. En effet l'attribution de prérogatives de puissance publique à des personnes « fictives » irait à l'encontre de leur raison d'être : la nécessité de les soumettre le plus largement possible à un statut de droit privé, qui est exigé par la nature des opérations auxquelles elles se livrent et qui exclut en principe l'utilisation de telles prérogatives (activité industrielle ou commerciale, activité sociale). De plus, il n'est pas rare que les agents de l'intervention « fictifs » ou « réels » ne disposent d'aucune prérogative de puissance publique.

De même le critère du financement est inopérant. Un financement selon les procédés du droit public (parafiscalité, subvention publique) est accordé aussi bien aux unes qu'aux autres, et en sens inverse toutes sont également susceptibles de recourir aux procédés du droit commercial.

Les contrôles enfin ne peuvent servir de base à la détermination du caractère « fictif » ou « réel » de l'agent de l'intervention. Ils sont souvent identiques dans les deux cas.

A défaut de critère, ne peut-on trouver des indices de nature à distinguer ces deux types d'institutions ? Une réponse positive paraît possible. Ces indices sont l'origine ou la création d'une part, la composition des organes d'autre part. En les utilisant cumulativement il ne semble pas contestable de considérer comme personnes privées « authentiques » celles qui sont créées par des particuliers (ou par des personnes morales de droit privée « authentiques » dans le cas de groupements de personnes morales) et dont les organes sont composés de particuliers, comme personnes privées « fictives » celles qui sont créées par la puissance publique et dont les organes sont composés d'agents de celle-ci.

Ainsi dans un cas, l'intervention a pour auteur des personnes privées le plus souvent préexistantes et composées de particuliers ; dans l'autre, c'est l'administration elle-même qui agit sous le vêtement juridique d'une personne morale de droit privé. Aux personnes privées assurant la participation des particuliers à l'action administrative, s'oppose la personnalité morale de droit privé, simple procédé de technique juridique pour assurer l'intervention des personnes publiques selon les procédés du droit privé (6).

Malheureusement il n'est pas possible d'utiliser un tel principe de distinction dans tous les cas. Fréquemment ces deux indices ne

(6) L'administration s'est bornée à suivre l'exemple des particuliers qui, avant l'adoption de la loi du 1er juillet 1901, ont fréquemment dissimulé des associations sous la forme de sociétés ne donnant que des dividendes fictifs (cf. Saleilles, op. cit., p. 17).

sont pas utilisables car ils ne sont pas concordants : il y a création par la puissance publique, mais les organes sont composés de simples particuliers. Que penser dans ces hypothèses ?
Sauf à renoncer à toute tentative de classification, il faut reconnaître à l'un d'eux la prééminence sur l'autre. Dans une perspective sociologique, il semble que la présence de simples particuliers au sein des organes doive l'emporter sur l'origine de la création et conduire à admettre qu'en ces situations mixtes on est en présence de personnes privées « authentiques », par référence à l'idée d'association des particuliers à l'action administrative. Bien que soit atténué le caractère « authentique » des personnes privées créées par la puissance publique, une telle qualification ne paraît pas critiquable tout autant que les organes de l'institution en cause sont exclusivement composés de simples particuliers. Une telle éventualité n'épuise pas toute la réalité. Comment savoir si une institution privée est « authentique » ou « fictive » lorsque, ayant été créée par la puissance publique, elle est composée paritairement de représentants de groupements privés et de l'administration.

Ces quelques indications montrent les difficultés de la détermination d'un principe de distinction. Sa mise en œuvre ne fait que les accroître et augmenter le sentiment d'insatisfaction que l'on éprouve en présence d'un système dont le caractère approximatif est en contradiction avec sa raison d'être qui est de rendre exactement compte de la réalité.

§ 2. — LA DIFFICULTE D'APPLICATION DU PRINCIPE.

Le problème de la distinction des personnes privées « authentiques » et « fictives » ne s'est pas toujours posé. Il ne se pose actuellement que pour certaines catégories de personnes privées (sociétés et associations notamment). Sa difficulté est accrue dans une perspective dynamique par la tendance des institutions privées « authentiques» à devenir progressivement des personnes privées « fictives ».

L'intervention dans l'action administrative des « pseudo-personnes privées » n'est pas contemporaine de celle des personnes privées « authentiques ». Pendant une période qui commence approximativement vers le milieu du dix-neuvième siècle pour se terminer vers les années trente, les agents de l'intervention sont uniquement de « vraies » personnes privées. Ce n'est donc qu'à partir du moment où se développe le procédé de la personne morale de droit privé « de façade », que la détermination du caractère « réel » ou « fictif » devient problématique, mais pour certains types d'institutions privées seulement.

Il n'y a jamais eu de difficulté à considérer les syndicats ou institutions constituées selon la loi de 1884 comme des groupements privés « authentiques » : même créés à titre obligatoire en vertu de la loi, ils sont toujours composés de simples particuliers (Comité national routier et groupements professionnels routiers, groupements de défense contre les ennemis des cultures, et même les organisations corporatives agricoles prévues par la loi du 2 décembre 1940).

Il n'en va pas ainsi pour les institutions les plus nombreuses : sociétés et associations.

Pour certaines d'entre elles, le caractère privé « réel », ou « fictif » ne fait pas de doute.

Sont incontestablement de « vraies » sociétés ou de « vraies » associations celles qui sont créées par l'initiative privée et dont les organes dirigeants sont composés de particuliers.

Pour les sociétés, tel est le cas des concessionnaires de travaux publics et de service public du dix-neuvième siècle, et actuellement des sociétés qui exploitent les services publics locaux ayant échappé à la nationalisation (alimentation en eau, transports en commun locaux). Un caractère « authentique » doit être également reconnu aux sociétés professionnelles ou interprofessionnelles d'intervention (Société interprofessionnelle du bétail et des viandes : S.I.B.E.V. ; Société Interlait ; Société interprofessionnelle des oléagineux fluides alimentaires : S.I.O.F.A. ; Société nationale interprofessionnelle de la pomme de terre : S.N.I.P.O.T., etc...) : bien que ne visant pas la poursuite de bénéfices, à la différence des premières, et tout en n'étant qu'un instrument d'action dans les mains de l'administration, elles n'en sont pas moins composées uniquement de professionnels.

De même ont le caractère d'associations authentiques celles qui sont créées par les particuliers, ou à l'initiative de l'administration, mais composées uniquement de particuliers ou de professionnels (Ententes obligatoires constituées sous la forme d'association de la loi de 1901 comme les comités des pêches maritimes en application du décret-loi du 24 mai 1938 ; Association nationale pour les mutations professionnelles en agriculture (A.M.P.R.A.), Association nationale de migrations rurales (A.N.M.E.R.) ; Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (U.N.E.D.I.C.) et Associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (A.S.S.E.D.I.C.) ; organismes créés sous des régimes particuliers : Caisses d'assurances sociales puis de Sécurité sociale). De même pour les établissements d'utilité publique composés de simples particuliers : (Centres techniques industriels, Chambres de discipline des officiers ministériels). La Cour des Comptes elle-même, qui a pourtant de la notion d'association « fictive » une conception plutôt extensive, donne plusieurs exemples d'associations qui, bien que financées sur fonds publics, ne sont pas des organismes de « façade » en tant qu'ils sont animés par des particuliers (7).

En sens inverse, la qualité de personne morale de droit privé « fictive » est unanimement attribuée à celles des entreprises publiques qui sont constituées en la forme de société commerciale et dont la totalité ou la majorité du capital appartient à l'Etat (8), ou pour

(7) Rapport des années 1960 et 1961, A.J.D.A., 1963, p. 473, J.O. 1963, Doc. adm. p. 249.

(8) Cf. Nomenclature des entreprises nationales à caractère industriel ou commercial et des sociétés d'économie mixte d'intérêt national, Paris, Imprimerie Nationale, 1963 (Voir notamment la composition des conseils d'administration) ; V. également les 8e, 9e, 10e, 11e rapports de la Commission de Vérification des comptes des entreprises publiques (J.O., Doc. adm. 1963, p. 9 ; 1965, p. 49 ; 1967, p. 43 ; 1969, p. 95).

les sociétés d'économie mixte régionales ou locales, à des personnes publiques secondaires.

Pour les associations (9), il n'est pas possible de parler par catégorie. La Cour des Comptes, qui indique que l'association de la loi de 1901 est « la façade juridique la plus couramment utilisée pour dissimuler une intervention publique », donne de nombreux exemples de « pseudo-associations » entièrement animés par des fonctionnaires (10).

En revanche, pour de nombreuses institutions, le caractère « fictif » ou « authentique » est problématique.

Sont-ils « réels » ou « fictifs » les groupements constitués, à des fins interventionnistes, en la forme de société commerciale, par la puissance publique pendant la première guerre mondiale (consortiums) ou pendant la seconde (groupements d'importations et de répartition, groupements nationaux d'achat) ? Les professionnels y étaient nombreux, les fonctionnaires aussi.

Et les associations créées sous l'égide de la puissance publique, mais composées selon le principe paritaire (11), de la co-gestion, ou d'une manière qui ne s'en écarte pas trop ? (12). Pour achever de convaincre de la difficulté d'application du principe, ne suffit-il pas de songer que les groupements privés « authentiques » peuvent perdre progressivement leur caractère initial pour devenir insensiblement des personnes privées « fictives » (La Banque de France, « vraie » société au moment de sa création, « pseudo » société depuis 1945 était-elle « réelle » ou « fictive » après la réforme de 1936 et avant 1945 ? A partir de quel moment une institution « semi-publique » devient-elle une personne privée « fictive » ? (13).

Toutes ces constatations et interrogations sans réponse incitent à penser que la distinction des personnes privées « authentiques » et « fictives », si elle correspond à des réalités sociologiques évidentes, ne saurait être conçue comme un nouveau critère juridique de distinction des institutions publiques et privées.

A défaut d'apporter des résultats positifs, cette recherche permet de prendre conscience de ce que les agents de l'intervention présentent quant à leur nature sociologique une hétérogénéité manifeste qui invite à se demander si leur participation à l'action administrative s'explique par des causes identiques ou différentes.

---

(9) Pour un exemple de fondation « fictive », consulter les statuts de l'Institut d'aménagement et d'urbanisme de la région parisienne (I.A.U.R.P.) ; V. Ord. n° 2284 du 9 octobre 1945 portant création d'une Fondation nationale des sciences politiques (J.O., 10 oct., p. 6380).

(10) Rapports (notamment 1960 et 1961, J.O., Doc. adm. 1963, p. 249 s. et 362 s. ; 1965, J.O., Doc. adm. 1967, p. 277 s. et 379 s. ; 1967, J.O., Doc. adm. 1969, p. 377 s. et p. 453 s.), rubrique « démembrements de l'administration ».

(11) On vise la parité représentants de l'administration - représentants des personnes privées et non la parité patrons - ouvriers que l'on rencontre dans certaines institutions privées.

(12) Ex. : Organisation du sport scolaire et universitaire, O.S.S.U. (V. les statuts, annexés à l'ordonnance n° 45.2327 du 12 oct. 1945, J.O., 13 oct., p. 6480), puis A.S.S.U. ; Association nationale de développement agricole (A.N.D.A.).

(13) Autre exemple, l'Association technique de l'importation charbonnière (A.T.I.C.) depuis la nationalisation des compagnies électriques et gazières.

Sur la méthode de prise en mains par la puissance publique d'une association au départ privée et indépendante, consulter le projet établi par F. Bloch-Lainé, L'Emploi des loisirs ouvriers et l'éducation populaire, th. Paris, 1936, p. 287.

Section II

LES RAISONS DE L'INTERVENTION DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE « AUTHENTIQUES » ET « FICTIVES »

(L'intervention des personnes morales de droit privé, solution à l'inadaptation de l'administration).

L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative peut avoir, d'un point de vue théorique, deux significations opposées :

— Ou bien elle est la simple transposition du principe démocratique du plan politique au plan de la gestion des affaires administratives : c'est l'intervention-fin, qui vise à associer les citoyens à l'exercice des fonctions de l'administration. Une telle conception de l'intervention entraîne des conséquences sur le domaine et la durée de celle-ci : en tant que solution démocratique, l'intervention ne devrait être limitée ni dans l'espace ni dans le temps.

— Ou bien, elle est seulement l'instrument d'action d'une administration impuissante. Cette autre conception, qui porte la marque de l'impérialisme administratif et applique le principe autoritaire, c'est celle de l'intervention-moyen. Elle produit des conséquences diamétralement opposées. L'intervention est limitée dans l'espace et dans le temps au domaine et à la durée strictement nécessaires.

Tout droit positif instituant l'intervention des personnes privées dans l'action administrative doit nécessairement choisir entre l'une ou l'autre conception à moins de les consacrer partiellement toutes deux, tel le droit positif français.

Des trois solutions possibles (prééminence de l'intervention-moyen, équilibre intervention-moyen intervention-fin, prééminence de l'intervention-fin), c'est la moins favorable aux administrés qui l'a toujours emporté. Le déséquilibre est en faveur de l'intervention considérée comme un moyen, l'intervention-fin ne présentant qu'un caractère effacé (14).

(14) Position du problème inspirée de Carré de Malberg : « La collaboration [des individus aux fonctions de l'Etat] ne constitue qu'un moyen ; le but reste la puissance de l'Etat » (avant-propos, p. XVIII, Contribution à la Théorie générale de l'Etat). La réponse va dans le même sens.

§ 1. — PREEMINENCE DE L'INTERVENTION CONSIDEREE COMME UN MOYEN.

Une telle solution, conforme à la nature même des personnes morales de droit privé « fictives », est plus surprenante en ce qui concerne celles qui sont « authentiques ».

A) Les raisons de l'intervention des personnes morales de droit privé « fictives ».

Excepté les hypothèses où l'utilisation de ce procédé s'explique par des circonstances particulières (renflouement d'une entreprise privée en difficulté, nécessité d'une action administrative en territoire étranger) (15), elle a pour raison d'être principale d'atténuer les effets de l'inadaptation de l'administration ou du droit administratif à leur fonction.

1°) *Inadaptation des structures administratives.*

L'inadaptation, pour l'accomplissement de tâches nouvelles et croissantes, des structures administratives traditionnelles, et la difficulté de réformer celles-ci expliquent le développement de structures de substitution, tant au niveau des administrations centrales qu'à celui des collectivités locales (16).

Il s'agit dans un cas de remédier à une trop grande spécialisation, à un cloisonnement rigide des départements ministériels entre eux et en leur propre sein ; dans l'autre de limiter les effets d'un morcellement géographique exagéré. Au plan des administrations centrales, le procédé le plus utilisé est l'association de la loi de 1901 qui permet de développer la coordination interministérielle sur le plan technique. Au plan régional et local, l'instrument d'élection pour assurer la coopération (17) des différentes collectivités publiques est la société anonyme (18).

L'existence de structures de droit public inadaptées limite d'autant plus l'efficacité de l'action administrative qu'elle entraîne en même temps l'application d'un droit lui-même mal adapté aux exigences de cette action en certains secteurs économiques et parfois même administratifs. L'inadaptation de l'administration se double ainsi d'une inadaptation du droit administratif, l'une et l'autre expliquant la prolifération des « pseudo-personnes privées ».

---

(15) Cf. Rivero, Rapport sur le droit français des sociétés et l'entreprise publique, Travaux de l'Association Henri Capitant, Dalloz 1967, p. 195, n° 4 ; Auby et Ducos-Ader, Institutions administratives, n° 25, p. 69.

(16) M. Querrien, Mutations administratives, Signe du temps, février 1963, p. 7 et 10.

(17) « La régie coopérative » selon B. Lavergne (V. par ex., la forme coopérative des nationalisations, les Nationalisations en France et à l'étranger, t. 1, p. 61.

On parle aussi de « fédéralisme administratif ».

(18) J.E. Godchot, Les sociétés d'économie mixte et l'aménagement du territoire, Berger-Levrault, 1966.

2°) *Inadaptation des règles de fond du droit public.*

Le législateur a eu conscience de cette inadaptation en ce qui concerne les activités industrielles et commerciales en créant lui-même des « sociétés fictives » (les entreprises publiques constituées sous la forme de sociétés commerciales).

Dans le secteur social ou administratif qui se prêterait mieux à l'utilisation des structures et des règles du droit administratif, le recours aux organismes de « façade » est justifié par le manque de souplesse du droit public dont la Cour des Comptes a relevé les principales manifestations : obstacle à une action rapide (paiements rapides de fournitures, frais de voyage), au recrutement d'un personnel techniquement qualifié qui ne peut se faire selon les règles de la fonction publique, au report de crédits permettant de mieux faire face aux activités chevauchant deux exercices (19). Il s'agit d'éviter l'application d'une règlementation (fonction publique, marchés, comptabilité publique) (20) constituant un obstacle à une action administrative efficace (21) et qui se réalise au détriment du contrôle de l'action administrative (22).

---

(19) Rapport des années 1960 et 1961 (Les démembrements de l'administration) et éclaircissements présentés par les administrations, J.O., Doc. adm. 1963, p. 362 s.

(20) Sur les nécessités de « ne point laisser se développer une administration occulte à côté des administrations publiques » et sur les « caisses noires » organisées pour « éluder les lenteurs et formalités administratives », V. L. Michoud, De la gestion d'affaires appliquée aux services publics, Revue générale d'administration, 1894, t. 2, p. 6, et A. Mestre, Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif. Recueil de législation de Toulouse, 1913, 2e série, IX, p. 215-216.

Sur les « démembrements de l'Administration », en plus des rapports de la Cour des comptes cités note (10), V. V. Silvera, R.A. 1963, 593 ; Carcelle et Mas, R.A. 1963, 486 ; Picard, Bulletin de l'économie et des finances, n° 41 ; J. Touscoz, Les relations régionales de l'Université et de l'Industrie, l'exemple de Grenoble, R.A. 1964, 221.

De Laubadère, Cours de science administrative 1963-64, Les Cours de droit, p. 66 ; Drago, Cours de science administrative 1966-1967, Les Cours de droit, p. 995.

Drago-Goyard, Traité de science administrative, p. 253-255.

Bénoit, D.A. n° 398 s., p. 230 s. ; Debbasch, D.A. p. 227 (« La gestion publique dissimulée »).

P. Amselek, Le budget de l'Etat sous la Ve République, Préface P. Lavigne, L.G.D.J. 1967, p. 695.

(21) Sur le « mythe » de la plus grande efficacité de la gestion commerciale comparée à la gestion administrative, Bénoit, D.A., n° 473, p. 262.

(22) Sur le contrôle contentieux, C.E., 9 mai 1930, Bourgarel, Rec. 487 ; F.J. Fabre, Les grands arrêts de la jurisprudence financière, Sirey, 1966, p. 226 s. et 231 s.

Sur le contrôle administratif, V. les rapports de la Cour des Comptes cités notes (7) et (10).

Cf. La réaction hostile du ministre des Finances à l'égard des démembrements, 1° des collectivités locales : « Les subventions à des associations ne peuvent être considérées comme licites si les organismes en cause présentent les caractères exposés ci-dessus » [« organisme constituant en fait une émanation du conseil municipal et un démembrement de la collectivité »], chapitre XI de l'instruction n° 59.153 de septembre 1959 (Direction de la comptabilité publique) citée par P. Vermet, L'intervention de l'Etat dans le sport, th. Caen 1962, dactyl., p. 100 s. ; 2° des administrations centrales, Cf. la circulaire n° B 2-63 du 23 novembre 1964 (Direction du Budget), relative aux organismes de droit privé qui, à l'aide de fonds publics, exercent des attributions de la puissance publique. Le ministre des Finances, pour apprécier « l'étendue exacte du gauchissement des mécanismes administratifs » demande à ses col-

B) Les raisons de l'intervention des personnes privées « authentiques ».

Les motifs de la participation des personnes privées « authentiques » aux fonctions administratives varient principalement avec les doctrines sur l'intervention de la puissance publique en matière économique et sociale (23) et la conjoncture politique interne ou internationale (temps de paix, temps de guerre, circonstances exceptionnelles).

Malgré leur diversité extrême, ils se rattachent presque toujours à l'idée d'inadaptation de l'administration. Contrairement à l'hypothèse précédente, l'inadaptation n'est pas ici seulement qualitative, mais peut présenter des aspects quantitatifs, les deux étant souvent liés en pratique.

1°) *Insuffisance quantitative de l'administration.*

A Rome déjà l'extension de l'empire avait exigé, les agents de la puissance publique étant insuffisants, le recours à des particuliers pour participer à la gestion des services publics : ainsi l'utilisation du procédé de la ferme appliqué au recouvrement des impôts par les institutions de droit privé que sont les sociétés de publicains (24).
Sous l'Ancien Régime on rencontre différentes manifestations de ce même phénomène, qu'il s'agisse du recours à des fermiers (postes, impôts...) (25) ou de la « course » (26), institution réalisant une « délégation du pouvoir souverain de guerre » (27) à des personnes privées et née de l'insuffisance de la flotte royale. La course n'est pas supprimée à la Révolution ; si elle est de moins en moins utilisée, c'est que la flotte de l'Etat parvient à assumer seule la chasse au commerce ennemi.

---

lègues de bien vouloir lui adresser, conformément à des états très détaillés A et B figurant en annexe à la circulaire (entre autres renseignements, il est demandé les motifs pour lesquels l'Etat n'exerce pas lui-même les activités indiqués), « la liste des organismes de droit privé, qui à l'aide de crédits inscrits au budget de [leur] département ou aux budgets des établissements publics à caractère administratif dont [ils assurent] la tutelle, exercent des attributions relevant normalement du service public », liste devant être « revêtue du visa du contrôleur financier près [leur] département ». Les « renseignements » demandés n'étaient pas « destinés à être rendus publics ». Il serait regrettable que les résultats d'ensemble d'une enquête si parfaitement conçue (qui devait se terminer le 31 janvier 1965 au plus tard) ne soient pas divulgués, si toutefois elle a été menée à bien.

(23) V. R. Bonnard, Les interventions de l'Etat et notamment les doctrines sur l'intervention de l'Etat, D.A., Sirey 1935, p. 95, et Syndicalisme, Corporatisme et Etat corporatif, R.D.P., 1937, p. 58 et 177 s.

(24) G.A. Castier, Les sociétés de publicains, th. Douai, 1884, p. 15.

(25) P. Roux, Les fermes d'impôt sous l'Ancien Régime, th. Paris 1916. R. Villers, Cours d'histoire des institutions publiques au 19e siècle, Les Cours de droit, Paris, 1962-1963.

Sur le recours à la ferme des impôts après la Révolution, V. la loi du 1er décembre 1790, titre V, B.L., p. 181 (La perception et le recouvrement de la contribution foncière est attribuée par adjudication à celui ou ceux qui s'en chargent au plus bas prix).

V. Rolland, Cours 1945-1946, p. 69.

(26) De Pistoye et Duverdy, Traité des prises maritimes, A. Durand, Paris, 1855, t. 1, p. 22 s., 157 s., et sur les sociétés pour la course, p. 214-218.

(27) P. Geouffre de La Pradelle, Le corsaire Mordeille, Annales de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, n° 51, 1959, p. 237.

La participation des personnes privées au maintien de l'ordre public, avant et pendant la Révolution, n'existe que parce que et dans la mesure où la puissance publique ne peut assumer seule cette tâche (28).

C'est par manque d'institutrices, d'infirmières, et en contradiction avec ses idées, que Napoléon autorise les congrégations de femmes enseignantes ou hospitalières (29) que la Révolution avait supprimées par haine des groupements (et par besoins financiers). Le décret portant suppression des congrégations, « même de celles uniquement vouées aux services des hôpitaux et au soulagement des malades », avait néanmoins prévu que les « mêmes personnes » devront continuer comme ci-devant le service des pauvres et le soin des malades à titre individuel » (30).

Le développement considérable de la concession de travail public-service public au dix-neuvième siècle s'explique certainement par des raisons de doctrine (l'Etat doit intervenir le moins possible et lorsqu'il le fait, en utilisant la modalité la moins éloignée de l'entreprise privée), mais plus encore par le souci de ménager les finances publiques (31).

Le temps de guerre conduit la puissance publique à user d'un procédé d'intervention forcée, la réquisition, pour grossir les moyens de l'Etat (flotte marchande par exemple pour seconder la marine d'Etat) (32), ou à autoriser le concours d'institutions de droit privé dans des secteurs où les services de l'Etat sont insuffisants (sociétés d'assistance aux blessés et malades des armées, puis Croix-Rouge, prêtant leurs services au service de santé militaire) (33).

En temps de paix, certains secteurs peuvent également être déficitaires et justifier le recours aux personnes privées (ainsi en matière d'enseignement, sous le Premier et le Second Empire, Loi Debré) (34).

---

(28) L. Bertrand, Du concours des particuliers et des organismes privés au maintien de l'ordre public, th. Paris, 1928, p. 40 et 189. V. G. Teissier, La responsabilité de la puissance publique, 1906, p. 118.

(29) P. Nourrisson, Histoire de la liberté d'association en France depuis 1789, Sirey, 1920, t. 1er, p. 204.

(30) Faget de Casteljau (A. de), Histoire du droit d'association de 1789 à 1901, th. Paris, 1905, p. 87.

(31) L. Rolland, D.A., 9e éd., 1947, n° 36, p. 28.

Cf. Marguerie, concl. sur C.E., 15 juill. 1881, Le syndic de la faillite de la compagnie d'Orléans à Rouen, Rec. 701 : « Le contrat de concession est un marché de travaux publics dans lequel l'entrepreneur joue les deux rôles de constructeur et de banquier » (p. 705).

(32) M. Bussière, Réquisitions militaires françaises de navires pendant la seconde guerre mondiale, th. Aix, 1956.

(33) Cf. décret 19 oct. 1892 portant règlement sur le fonctionnement général des Sociétés d'assistance aux blessés et malades des armées de terre et de mer, B.L., n° 1517, p. 1124 ; décret du 2 mai 1913 (même objet), B.L., n° 105, p. 923, J.O., 9 mai 1913.

(34) G. de Boysson, Les écoles primaires privées et les pouvoirs publics, th. Lyon, 1943, p. 24 et 33.

J.A. Mazères, Les rapports entre l'Etat et l'enseignement privé, Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, 1962, p. 29 s.

J. Robert, La loi Debré (31 décembre 1959) sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privé, R.D.P., 1962. 213.

Avec l'intervention des syndicats ou d'autres groupements en matière de répression des fraudes (35) ou de contrôle des prix (36) l'aspect quantitatif et l'aspect qualitatif se rejoignent : les agents publics sont en nombre insuffisant et l'administration est moins bien placée que les institutions privées, les syndicats par exemple, pour contrôler efficacement une profession déterminée.

2°) *Insuffisance qualitative.*

Il est toujours possible de remédier à des insuffisances quantitatives. Il est plus difficile de surmonter une incapacité ou une inadaptation. C'est pourquoi les raisons qualitatives de l'intervention occupent une place non négligeable parmi les raisons de l'intervention.

Dès l'Etat libéral, il est certain qu'en plus du désir de ménager les finances publiques, la concession de travail public-service public s'explique par le manque d'aptitude technique et commerciale de l'administration, et plus encore, — à une époque où, dans la mesure où elle est soumise au droit, l'administration est essentiellement régie par des règles dérogatoires — par l'idée que les procédés du droit public sont mal adaptés à une tâche d'intervention en matière économique.

Dans un autre domaine, l'exposé des motifs d'un décret du 22 mars 1866, note que « si la gestion de l'Opéra est digne de la haute protection de l'Empereur cette protection peut s'exercer autrement que par la régie de la liste civile impériale », car « à la gestion d'un théâtre même d'ordre le plus élevé, se rattachent un très grand nombre de questions présentant un caractère industriel et commercial et dont le règlement est en conséquence peu compatible avec les habitudes d'une administration publique » (37). Ce texte aurait pu relever aussi que les fonctionnaires publics possèdent rarement les aptitudes artistiques requises.

La guerre pousse l'Etat à l'interventionnisme et l'instrument d'action choisi est la personnalité morale de droit privé. En même temps que l'action des particuliers, elle permet d'utiliser la souplesse des méthodes commerciales (consortiums pendant la première guerre mondiale (38), groupement d'importation et de répartition pendant la seconde) (39). Ces derniers avaient été créés dès le temps de paix en vue du temps de guerre (a. 48 de la loi du 11 juillet 1938).

---

(35) L. Rolland, La collaboration des agents des syndicats à la répression des fraudes, R.D.P. 1912, 500.

(36) Ord. n° 1483 et 1484 du 30 juin 1945 (la seconde a été abrogée par la loi du 28 nov. 1955). Il ne semble pas d'ailleurs que les groupements privés aient en pratique participé au contrôle des prix. Cf. M. Seité, Le contrôle administratif de l'application de la réglementation des prix, th. Rennes, 1964, p. 13.

(37) D. 22 mars 1866, B.L., n° 1377, p. 375.

(38) Note P.L.J. sous C.E., 7 janvier 1927, Triller, D. 1927.3.51.

Sur les consortiums, V. Interpellation de E. Brousse sur « l'organisation des consortiums » et les explications de Clémentel, J.O., Déb. parl. Chambre des Députés, 1918, p. 1835 s. ; J.P. Belin, Les consortiums, Revue politique et littéraire. Revue Bleue, 20-27 juillet 1918, p. 441.

(39) J. Personnaz, Les groupements d'importation et de répartition, Dr. soc., sept. 1943, p. 23.

En sens inverse la guerre entraîne la création après le retour de la paix d'institutions privées intervenant pour le compte de l'Etat et visant à réparer les dommages qu'elle a causés (Crédit National. doté par le législateur d'une personnalité juridique de droit privé pour lui permettre d'utiliser les méthodes bancaires mieux adaptées que les règles de la comptabilité publique) (40).

En temps de guerre comme en temps de paix, lorsque l'efficacité de l'intervention réside plus dans la persuasion que dans la contrainte, les personnes privées sont psychologiquement mieux armées que l'administration pour mener à bien certaines opérations : l'hostilité du consommateur à la viande frigorifique pendant la première guerre mondiale cesse à partir du moment où l'Etat se décide à confier à l'Union des Coopératives le soin de vendre au public (41).

Les interventions étatiques dans le secteur agricole (migrations rurales, mutations professionnelles, mutualité sociale agricole) ou industriel sont plus efficaces lorsqu'elles sont réalisées par l'intermédiaire des personnes morales de droit privé (A.N.M.E.R., A.M.P.R.A., caisses de mutualité sociale agricole, et Association française de normalisation) (42).

A tous ces exemples d'intervention-moyen s'ajoutent ceux qui s'expliquent par l'impuissance pure et simple de l'administration.

M. Cahen-Salvador note que la représentation des intérêts est introduite dans l'administration dès qu'une branche de l'activité administrative présente des difficultés techniques (43).

La puissance publique est ainsi dans l'obligation de faire appel aux professionnels parce qu'elle est incapable d'établir elle-même cer-

---

(40) L. Lambert, Le Crédit National pour faciliter la réparation des dommages causés par la guerre, th. Paris, 1925, p. 16.

(41) G. Quemar, Les tentatives de collaboration entre l'Etat et les coopératives de consommation pour la lutte contre la hausse des prix et la protection des consommateurs en France depuis la guerre, mémoire, I.E.P., Paris 1961, p. 4.

(42) M. Cépède et G. Weill, L'Agriculture, P.U.F. 1965, p. 393 ; P. Legendre, Les migrations rurales, Dr. Soc. 1963, p. 517.

On peut rapprocher la création, par Louis XIV et Colbert, de la Compagnie des Indes Orientales, sous forme de société commerciale « pour ne pas susciter la crainte et la méfiance des bourgeois » (J.D. Bredin, Du rôle de l'Etat dans la création et le fonctionnement d'une société anonyme au 17e siècle, mémoire, Faculté de Droit de Paris, 1950).

« La transformation de l'Afnor en établissement public susciterait une méfiance de la part des industriels... » (7e rapport du Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, 1967, p. 293).

(43) La représentation des intérêts et les services publics, th. Paris, 1935, p. 24.

Dans la présente étude la représentation des intérêts n'est prise en considération que dans la mesure où elle est assurée au sein d'une personne de droit privé et non lorsqu'elle est prévue dans les personnes de droit public (établissement public, cf. par exemple la loi du 12 novembre 1968 sur l'organisation de l'enseignement supérieur).

Sur ce problème le Conseil d'Etat a rendu un arrêt intéressant : « Aucun texte législatif et aucun principe général de droit n'exige que les interventions économiques de l'Etat financées au moyen de taxes parafiscales soient confiées à des organismes dont le Conseil d'administration est composé au moins pour moitié de représentants des professions intéressées ou dont le fonctionnement est organisé de telle manière que les décisions ne puissent être prises sans l'accord des représentants des professions » (C.E. 6 oct. 1967, Syndicat des sylviculteurs du Sud-Ouest, Rec. 356).

taines règlementations (44), ou parce que les professionnels sont mieux placés qu'elle pour exécuter les interventions sur les marchés requérant souplesse et rapidité (décret n° 933 du 30 septembre 1953 et sociétés d'intervention) ou pour s'adapter aux variations de structure ou de conjoncture sur le marché du travail (Association pour la formation professionnelle des adultes : A.F.P.A.).

Dans toutes ces hypothèses, l'aspect qualitatif se double d'un certain coefficient quantitatif, l'intervention des personnes privées évitant à l'administration de créer des services nouveaux ou supplémentaires (45).

Raisons quantitatives ou qualitatives pour les « vraies » personnes privées, qualitatives seulement pour les « pseudo-personnes privées », dans les deux hypothèses l'intervention s'explique par le désir de remédier à l'impuissance ou à l'inadaptation de l'administration et non pas, même dans le cas des personnes privées « authentiques », de les associer à l'action administrative. Il s'agit donc bien d'une intervention-moyen. Les raisons en sont plus techniques que politiques à l'inverse des motifs de l'intervention-fin qui sont plus politiques que techniques.

§ 2 — CARACTERE EFFACE DE L'INTERVENTION-FIN.

L'intervention-fin ne peut concerner que les groupements privés « authentiques ». Elle ne constitue pas une solution à l'impuissance de l'administration mais vise à transposer la démocratie du plan politique au plan économique et social grâce au système de la « gestion par les intéressés ». Les applications de celui-ci sont non seulement limitées mais encore menacées.

A) Caractère limité.

Bien que d'extension limitée, l'expérience a été tentée à la fois dans le secteur social et dans le domaine économique.

La première utilisation de la « gestion par les intéressés » a été faite dans le secteur social (46) : Caisses d'assurances sociales puis de sécurité sociale et caisses d'allocations familiales). Cette formule est présentée comme devant être un instrument d'éducation et de promotion sociale et permettre la formation d'une élite ouvrière, condition nécessaire de la démocratie économique et sociale (47). La gestion du service est confiée aux intéressés, patrons et salariés (plus exacte-

(44) F. Chappelu, Les expériences françaises d'organisation professionnelle, th. Lyon, 1940.
M. Bazex, Corporatisme et droit administratif. Le statut des organismes professionnels, th. Toulouse, 1967, p. 50 s.
(45) V. cependant, infra, p. 253, la pratique de l'intégration des personnels des organismes privés dissous, dans les personnels des personne publiques.
(46) A. de Laubadère, Les services publics sociaux, Les Cours de droit, 1957-1958, p. 48.
(47) J.J. Dupeyroux, Sécurité Sociale, 4e éd., Dalloz, p. 122.

ment à leurs représentants élus par eux ou désignés par les organisations syndicales) (48).

La même idée se retrouve pour les nationalisations dans ce que l'on a nommé la tendance syndicaliste par opposition à la tendance étatiste. Reprenant des idées émises par la Confédération générale du travail dès 1919, la tendance syndicaliste repose sur « le postulat de la souveraineté du conseil d'administration de composition tripartite et dans lequel les représentants ou mieux les mandataires des groupements de personnels et d'usagers ne peuvent être mis en minorité par les représentants de l'Etat » (49). La représentation minoritaire de l'Etat au sein du conseil d'administration et la souveraineté de celui-ci au sein de l'entreprise visent à assurer « la participation des travailleurs à la direction de l'économie » et par là la démocratie économique (50).

Là où elle a été consacrée, la tendance syndicaliste a été rapidement remise en cause.

B) Caractère menacé (51).

Les réalisations actuelles sont menacées, soit d'absorption dans la tendance dominante de l'intervention-moyen, soit de suppression pure et simple.

Une loi du 3avril 1955 abroge, ainsi que son nom l'indique, « les décrets du 11 mai 1953 qui étatisent les entreprises publiques et portent atteinte aux principes essentiels des nationalisations », sans que cela empêche « la reprise en mains » du secteur nationalisé par l'Etat (52).

La menace d'étatisation pèse également sur l'application la plus ancienne de l'idée de gestion par les intéressés, en matière de sécurité sociale. L'annulation est progressive et lente mais continue (53).

Ces constatations conduisent à apprécier à leur juste valeur la portée des références, dans les débats parlementaires où dans les rapports précédant certains décrets, au thème de l'association des administrés à l'action administrative. L'heure ne semble pas venue du développement de l'intervention-fin. Il n'entre pas dans cette étude d'en rechercher les raisons. Mauvais vouloir des gouvernants, inaptitude des administrés ? Probablement les deux.

---

(48) Ord. n° 706 du 21 août 1967, a. 6, 8, 39.

(49) M. Byé, Le conflit des tendances dans l'organisation du « secteur public », Les Nationalisations en France et à l'étranger, Sirey 1948, t. 1, p. 27.

(50) Programme du Conseil National de la Résistance, brochure éditée par Rouge-Midi.

(51) Le Conseil d'Etat contrôle la légalité des atteintes portées à la participation, 5 mai 1954, Caisse mutuelle de coordination des œuvres sociales de la R.A.T.P., Rec. 251 ; 21 mars 1958, Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs, techniciens, cadres administratifs et employés de l'agriculture, A.J.D.A. 1958.2.318.

(52) Merle et Boulouis, Nationalisation et Démocraties, D. 1950, p. 26.

M. Robin, Essai sur la représentation des intérêts dans l'organisation des entreprises publiques, R.D.P. 1957, p. 830.

(53) Cf. « la large démutualisation » réalisée par le décret du 12 mai 1960, J.J. Dupeyroux, Sécurité sociale, Dalloz, 1969, n° 135.1, p. 256.

Ainsi l'intervention des personnes privées dans l'action administrative est presque toujours une intervention-moyen. Qu'elles soient « fictives » ou non, l'inspiration est la même : inadaptation de l'administration à ses fonctions. Par delà la dualité sociologique des agents de l'intervention, il y a une seule cause profonde au phénomène étudié qui rejoint, sans l'expliquer, l'unité juridique des institutions de droit privé assumant des fonctions administratives.

CHAPITRE II

UNITE JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE INTERVENANT DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE

La distinction souvent problématique entre personnes privées « authentiques » et « fictives » n'a qu'une portée sociologique et non pas juridique. Plusieurs auteurs, pourtant, ont conçu l'opposition entre personnes privées « authentiques » et « fictives » comme devant servir de nouveau critère de distinction entre les institutions publiques et privées. Une telle position n'est pas conforme au droit positif. Celui-ci considère que, « authentique » ou « fictive », une institution constituée conformément à la loi sur les associations ou à la loi sur les sociétés, plus généralement empruntant le moule juridique d'une personne morale de droit privé ou qualifiée établissement d'utilité publique, est, du point de vue juridique, une personne privée. Dans cette hypothèse, contrairement à une position fréquente en doctrine, le problème de la nature juridique de ces institutions ne se pose pas. « Authentiques » ou « fictives », toutes forment une même catégorie juridique, celle des personnes morales de droit privé. Ce n'est que pour les institutions créées par les pouvoirs publics dans une forme indéterminée que se pose le problème de leur nature juridique.

Si, dans un cas, la qualification juridique ne fait aucune difficulté, dans l'autre, la détermination d'un critère est quasiment insoluble en l'état actuel du droit positif. Ce sont les deux idées qu'il faut vérifier.

Section I

INSTITUTIONS CONSTITUEES EN LA FORME D'UNE PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVE

Une institution est constituée en la forme d'une personne morale de droit privé lorsque le texte l'instituant ou ses statuts, tout en la qualifiant de société, association, syndicat..., renvoient aux chartes fondamentales régissant la constitution de ces personnes

privées (54). Il en va de même si le législateur qualifie une institution d'établissement d'utilité publique.

Auraient-elles un caractère « fictif » prononcé, de telles institutions constituent en jurisprudence des personnes morales de droit privé au même titre que les « vraies » et avec toutes les conséquences juridiques qu'une telle qualification comporte.

Cette solution est méconnue par une partie de la doctrine qui considère comme inopérant le critère formel et raisonne de la même manière pour qualifier la nature juridique d'une institution, que celle-ci ait une forme juridique déterminée ou indéterminée.

Ce rejet du critère formel, il est aisé de le constater, est contraire aux solutions du droit positif.

§ 1. — REJET DU CRITERE FORMEL PAR UNE PARTIE DE LA DOCTRINE.

De nombreux auteurs remettent en cause les qualifications du législateur attribuant expressément la qualité d'établissement d'utilité publique ou consacrant l'appartenance d'institutions à un cadre juridique de droit privé préexistant.

Cela résulte parfois implicitement de ce qu'ils attribuent une nature publique à des institutions ayant une forme de droit privé (55), parfois explicitement de ce que, par delà les qualifications formelles,

---

(54) Les mots société, syndicat, fondation figurant dans la dénomination officielle d'institutions créées par le législateur sont sans influence sur leur nature juridique. Des institutions ainsi nommées peuvent être des établissements publics (de même que l'appellation de régie peut parfaitement être attribuée à un établissement public). Cf. infra, note (89).

(55) Le plus souvent à propos des sociétés nationales et nationalisées. Cf. Rodière, « Chacun sait que les qualifications juridiques ne dépendent [pas] des pouvoirs publics. L'affirmation, par... la loi, que la S.N.C.F. a la qualité de société anonyme ne suffit pas à la lui conférer », Droit des Transports, Sirey, 1953, t. 1, p. 73.

Pour M. Virally, les entreprises publiques mêmes celles ayant une forme de société anonyme sont des établissements publics, Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques. Entreprises publiques et établissements publics, R.A. 1950, p. 365-366.

D. Ruzié, Les agents, les personnes publiques et les salariés en doit français, Préface de M. Ch. Eisenmann, 1960, Paris, L.G.D.J., p. 14 et 15.

Ch. Debbasch, D.A., p. 219 ; A. Martin-Pannetier, Eléments d'analyse comparative des établissements publics en droit français et en droit anglais, L.G.D.J., 1966 (Parmi les établissements publics, l'auteur inclut la S.N.C.F. et la Compagnie nationale Air-France).

— En ce qui concerne les chambres de discipline des officiers ministériels, J. Savatier, Etude juridique de la profession libérale, th. Poitiers, 1947, p. 96 s.

M. Drago, qui, à propos d'institutions qualifiées d'établissement public par le législateur, indique qu' « on ne peut leur refuser cette qualification... puisque le législateur a voulu consacrer formellement leur appartenance à un cadre juridiqu préexistant », n'applique pas ce même principe pour des institutions qualifiées par le législateur d'établissement d'utilité publique, La crise de la notion d'établissement public, Préface de M. Marcel Waline, Pedone, 1950, p. 102 et 198.

— Sur la qualité de « personne administrative » des caisses de Sécurité sociale, R. Savy, Sécurité sociale et droit public, Dr. soc. 1966, p. 377, « la forme juridique que la loi leur prête ne saurait prévaloir contre la nature de leurs relations avec la puissance publique et les assujettis ».

— Sur la qualité de personne publique des S.A.F.E.R., M. Sabourin, La nature juridique des S.A.F.E.R., D.S. 1970, chr. III, p. 9.

ils se prononcent en faveur de critères matériels de la notion de personne publique qu'ils appliquent à des personnes ayant une structure de droit privé. Il ne sera question que de ces derniers.

Après l'opinion de M. Eisenmann, seront présentées les positions de M. Connois, de M. Spiliotopoulos et de M. Demichel. Elles ont toutes en commun de resteindre le contenu de la notion de personne privée et d'étendre la notion de personne publique.

M. Eisenmann, qui minimise, semble-t-il, la portée juridique actuelle de la distinction des institutions publiques et des institutions privées, propose un critère financier : « La distinction des institutions publiques et des institutions privées se fonde essentiellement sur l'incidence patrimoniale ou financière de leur activité — plus exactement : sur le règlement juridique de cette incidence ». Le caractère public ou privé d'une institution dépend donc de ce que cette incidence affecte un patrimoine public ou un patrimoine privé (56).

Adoption également d'un critère financier par M. Connois. Selon cet auteur, le critère permettant de distinguer les personnes publiques des personnes privées réside dans « l'approbation des comptes par une autorité publique « (57). Dès lors qu'une institution, eût-elle une forme de droit privé, a ses comptes soumis à l'approbation d'une autorité publique, elle a ipso facto une nature publique. M. Connois est ainsi conduit à reconnaître le caractère de personne morale de droit public (plus précisément d'établissement public) à des institutions constituées conformément à des textes régissant des personnes privées (Caisses de sécurité sociale, sociétés nationales ou nationalisées) (58). Pour extensive que soit sa position, M. Connois n'attribue cependant pas une nature publique aux comités d'organisation ou aux ordres professionnels, auxquels cette qualité est attribuée par la majorité de la doctrine.

Celle de M. Spiliotopoulos l'est davantage, qui admet que la nature publique d'une institution, eût-elle une forme de droit privé, découle, soit de ce qu'elle a « compétence... pour créer unilatéralement des normes juridiques sans ou contre le consentement des personnes à qui s'adressent ces normes », soit de ce qu'elle assure la « gestion... d'un ensemble de biens publics, gestion qui concerne exclusivement le patrimoine public » (59). En application du critère de « la puissance publique », l'auteur confère le caractère de personne publique à des institutions que le législateur a qualifiées établissement d'utilité publique, telles les chambres de discipline des officiers ministériels. En application du second critère dit « matériel », il attribue cette même qualité à toutes les entreprises publiques, y

(56) Eisenmann, Préface à la thèse de E.P. Spiliotopoulos, La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français, Paris, 1959, p. VI et VII. M. Constans remarque justement que M. Eisenmann ne fait que déplacer le problème (Le caractère public ou privé d'un patrimoine ne dépend-il pas de la nature juridique de l'organisme personnalisé titulaire de ce patrimoine ?). Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français, Préface de J.M. Auby, Paris, Dalloz, 1966, p. 3.

(57) R. Connois, La notion d'établissement public en droit administratif français, Préface de M. Martial-Simon, Paris, 1959, L.G.D.J., p. 56 s.

(58) Op. cit., p. 102 et p. 61 s., 190, 195.

(59) Spiliotopoulos, op. cit., p. 9, 16, 153.

compris celles qui ont conservé la forme juridique de la société anonyme (60).

Le critère du contrôle retenu par M. Demichel (61) aboutit à une notion singulièrement large de la notion de personne publique : « Les institutions ayant une forme de droit privé ne sont pas nécessairement des personnes privées... La forme juridique d'un organisme constitue une présomption de la nature de cet organisme. Mais il n'y a là qu'une présomption simple » (op. cit. p. 609), qui peut tomber lorsque le contrôle auquel est assujetti l'organisme contrôle aboutit à supprimer son autonomie. « Dès lors, quels que soient par ailleurs ses caractères, il faut décider que cet organisme constitue une personne publique » (op. cit. p. 623).

M. Demichel précise que tout contrôle n'entraîne pas cette conséquence. Il faut distinguer plusieurs types de contrôle. Lorsque le contrôle est une simple contrepartie de l'autonomie, il laisse subsister la nature privée des institutions ; lorsqu'il y a suppression de l'autonomie de l'organisme contrôlé (l'auteur précise à quelles conditions une telle hypothèse se trouve réalisée), la nature juridique de celui-ci est nécessairement publique quelle que soit sa forme (62).

L'application de ces critères entraîne l'intégration au sein des personnes publiques d'un grand nombre d'institutions qui dans la présente étude seront considérées comme personnes privées (Groupements d'importation et de répartition, sociétés professionnelles d'intervention, centres techniques industriels, organismes de développement des T.O.M., chambres de disciplines professionnelles, caisses d'épargne, Crédit Foncier, Crédit National, caisses de sécurité sociale, sociétés d'économie mixte) (63).

On ne saurait faire grief à ces auteurs de passer outre aux qualifications légales — attitude qui se situe dans la ligne de pensée du Doyen Duguit (64) — que tout autant qu'ils ne prétendent pas rendre compte du droit positif. Si leur position n'est pas toujours très précise, tel paraît bien être le cas le plus souvent, car aucun ne dit qu'il se place à un point de vue de lege ferenda.

M. Demichel, par exemple, qui n'ignore pas que la jurisprudence n'admet que de façon très exceptionnelle le caractère inopérant de la forme juridique d'un organisme (op. cit. p. 577) et reconnaît même que sa « conception n'est pas celle du droit positif actuel (op. cit. p. 653), paraît considérer à différentes reprises que le critère du contrôle est conforme au droit positif (65).

---

(60) Op. cit., p. 101, 137, 140.

(61) A. Demichel, Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés, Préface de J.M. Auby, Paris, 1960, L.G.D.J., tome 2.

(62) Op. cit. p. 622 s.

(63) Op. cit., p. 232 s.

(64) « Je ne saurais trop protester contre la tendance... d'après laquelle toute disposition émanée de l'organe législatif d'un pays est une norme de droit devant laquelle le juriste doit s'incliner sans mot dire. S'il en était ainsi, l'étude du droit de vaudrait pas une minute d'effort », Traité de droit constitutionnel, 3e éd., t. 1, p. 174, cité par M. Waline, Deux grands publicistes français, L'Année politique, déc. 1929, p. 389.

(65) Op. cit., p. 608 (les juges écartent... le critère tiré de la forme juridique...), p. 617 (On ne concevrait pas actuellement que la Banque de France soit restée une société privée), p. 653 (évolution en jurisprudence dans le sens du critère du contrôle).

A la vérité, tel n'est pas le cas. La valeur que l'on doit reconnaître à ces constructions est plus sociologique que juridique, plus prospective que positive.

Pour ce qui est des entreprises publiques, notamment, elles correspondent plus à la réalité sociale que celles qui distinguent selon leur mode de constitution (établissement public ou société), et, si elles ne sont pas conformes aux données actuelles du droit positif, elles indiquent le sens de l'évolution probable et d'ailleurs souhaitable (car il est regrettable que des faits identiques soient régis d'une manière différente) (66). Mais pour l'heure, la volonté contraire du législateur est là. Autant il est à désirer que celui-ci revienne sur certaines qualifications si elles lui paraissent mauvaises ou périmées, autant il serait contraire au droit et inopportun que le juge s'engage dans la voie tracée par ces auteurs.

De fait, jusqu'ici, le juge a toujours refusé, notamment en ce qui concerne ces « pseudo-personnes privées » types que sont les entreprises publiques à forme de société, d'y voir autre chose que des personnes privées, même s'il a tenté d'atténuer au maximum les divergences de leur régime juridique. On peut transposer aux personnes morales de droit privé « fictives » ce que le juge Holmès disait à propos de la théorie de la fiction en matière d'octroi de la personnalité juridique : « Parler de la fiction ne mène à rien, car si c'est une fiction, c'est une fiction créée par le droit avec l'intention qu'on agisse comme si elle était une réalité » (67).

Les décisions jurisprudentielles les plus récentes affirment avec force la prééminence des critères formels que n'ont jamais écartés les représentants les plus autorisés de la doctrine (68).

§ 2. — APPLICATION DU CRITERE FORMEL PAR LA JURISPRUDENCE.

Il est de jurisprudence constante que toute institution ayant une forme de droit privé est une personne privée. En quelques hypothèses seulement le juge administratif a refusé d'appliquer ce principe.

A) Portée générale du principe.

Ce principe a une portée quasi absolue dans la mesure où il ne cède devant aucune considération (adhésion obligatoire, approbation

(66) La différence de régime entre les entreprises publiques est en réalité réduite du fait de l'abondance des règlementations applicables quelle que soit leur forme juridique.

(67) Cité par J. Sweeney, La personnalité morale et ses limites, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 102.

Cf. de Laubadère, D.A., t. 3, p. 569 : « Le caractère fictif [de la société à capital public] ne l'empêche pas pour autant de développer ses conséquences juridiques : fictive ou non, la société publique relève du droit commercial dans toute la mesure où il n'y est pas dérogé par des textes ».

(68) Waline, D.A., 1963, n° 1308, 1309, p. 758 (pour les sociétés à capital publics), n° 1317, p. 762 (Caisses primaires de sécurité sociale) ; De Laubadère, cf. note (67) ; Rivero, D.A., n° 517, p. 435 ; Vedel, D.A., p. 610.

des comptes par une autorité publique, attribution de prérogatives de puissance publique, gestion de biens appartenant à un patrimoine public, existence d'un contrôle supprimant toute autonomie, exercice d'une mission de service public). La jurisprudence des deux ordres de juridiction est concordante et confirmée par celle du Tribunal des Conflits.

C'est à la Cour de Cassation que revient le mérite des formules les plus remarquables. Dans une affaire mettant en cause des organismes constituée conformément aux prescriptions de la loi de 1898 sur les sociétés de secours mutuels, elle décide « qu'une telle assimilation est par elle-même exclusive du caractère d'établissement public ». Dans une autre espèce relative à une institution constituée conformément à la loi du 1er juillet 1901 (Association régionale pour la sauvegarde de l'enfance), elle estime qu'une telle institution ne saurait être considérée comme une personne morale de droit public en raison de son caractère semi-public (69).

Le Conseil d'Etat, et plus généralement la juridiction administrative, affirment le caractère privé des institutions qualifiées d'établissement d'utilité publique (70) ou ayant une forme de droit privé. qu'il s'agisse d'institutions « constituées et fonctionnant conformément aux prescriptions de la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels », puis de l'ordonnance du 19 octobre 1945 sur la mutualité (71), des syndicats professionnels ou organismes « régis par la législation sur les syndicats professionnels » ou « constitués sous le régime de la loi du 21 mars 1884 » (72), des associations de la loi de 1901 (73), des sociétés (commerciales et le plus souvent anonymes) (74).

Le Tribunal des Conflits enfin confirme le caractère nécessairement privé des institutions ayant une forme de droit privé et ce pour les deux catégories dont le caractère privé est le plus contesté par la doctrine, d'une part les entreprises publiques ayant une forme

---

(69) Cass. civ., 17 nov. 1941 (S. 1942.1.7), et Cass. crim., 20 févr. 1964 (J.C.P. 1965.II.14.330, obs. Combaldieu). Sur le caractère privé des sociétés d'économie mixte à participation majoritaire des personnes publiques, Cass. civ., 6 mai 1969, G.P. 1969.II.98 (Compagnie d'aménagement des Landes de Gascogne).

(70) C.E., 17 nov. 1954, Aissaoui, A.J.D.A. 1955.II.1, obs. Pinto ; 30 avr. 1951, Pannetier, Rec. 240 ; 28 juin 1963, Narcy, Rec. 401. Pour les fondations, C.E., 1er juin 1938, Comité national de la Maison de la France d'Outre-Mer, S. 1939.3.25 ; 13 déc. 1940, Rousselier, Rec. 227 ; 27 févr. 1942, Mollet, Rec. 64 ; 2 avr. 1943, Musin,, Rec. 87.

(71) C.E., 10 juill. 1934, Dame Masson, Rec. 800 ; 2 févr. 1951, Dlle Bodin, Rec. 70 ; 14 déc. 1955, Latte, R.P.D.A. 1956, n° 15, p. 16 ; 12 juin 1959, Berche, Rec. 364.

(72) C.E., 28 juin 1946, Morand, S. 1947.3.19 ; 27 mars 1953, Bonhoure, Rec. 164 ; 10 févr. 1956, Safla, A.J.D.A. 1956.2.97 ; 13 janv. 1961, Magnier, Rec. 38; 20 déc. 1968, Election des administrateurs du groupement professionnel, n° 21 A, Rec. 671.

(73) C.E., 4 août 1944, Compagnie des produits chimiques et électro-métallurgiques Alais, Froges et Camargue, S. 1945.3.4.

(74) C.E., 20 déc. 1961, Société de l'Autoroute Esterel-Côte d'Azur, Rec. 724: 13 juill. 1968, Capus, D. 1968, p. 674.

Pour une institution, « constituée sous forme de société coopérative », C.E., 31 oct. 1952, Morisset, Rec. 479.

de société (75) ainsi que et a fortiori les sociétés d'économie mixte régionales et locales (76), d'autre part les organismes de sécurité sociale constitués selon les textes régissant la mutualité (77).

Si l'on fait un rapide retour en arrière en songeant aux organismes qu'une partie de la doctrine a cru pouvoir qualifier de publics en passant outre à l'aspect formel, on constate que tant les caisses de sécurité sociale ou les caisses d'épargne (à qui le caractère public était attribué en application du critère de l'approbation des comptes ou de celui du contrôle) que les sociétés à capital entièrement ou partiellement public (qui avaient le caractère de personne publique suivant les critères de MM. Connois, Spiliotopoulos et Demichel) ont été expressément qualifiées de personnes morales de droit privé par la jurisprudence concordante et la plus récente des deux ordres de juridiction, confirmée par celle du Tribunal des Conflits.

Celui-ci infirme également le critère de M. Eisenmann. Si l'on se reporte à l'article 49 al. 2 des statuts de la Société Interlait, on peut lire : « A défaut de stipulation contraire, à l'expiration de chaque convention, les bonis appartiennent à l'Etat et les pertes sont supportées par l'Etat ». On ne saurait indiquer plus explicitement que l'incidence financière de l'activité d'Interlait affecte un patrimoine public (celui de l'Etat). Or il n'est pas contesté, et le Tribunal des Conflits confirme que cette institution « constituée sous la forme de société anonyme est une entreprise privée » (78).

Le critère de la puissance publique (79) de M. Spiliotopoulos s'avère tout aussi inexact que celui de la gestion de biens compris dans un patrimoine public (80).

Le critère qui subit le plus de démentis est celui de M. Demichel. Outre les organismes cités, ont été considérés comme privés et non comme personnes administratives, les centres techniques industriels (81) et les sociétés professionnelles d'intervention (82).

Il y a bien condamnation unanime et générale de tous les critères que prétendent « dépasser » l'analyse formelle et par là confirmation de la portée très générale du critère formel. S'il n'est pas possible de dire portée absolue (eu égard à l'existence d'un ou deux arrêts dissidents), la non-application du principe par le juge est moins fréquente que ne le prétendent certains auteurs.

---

(75) T.C., 27 janv. 1964, Préfet des Alpes-Maritimes, Rec. 789 ; 15 janv. 1968, Barbier, R.D.P., 1969. 158 (« La Compagnie Nationale Air-France... est une société anonyme, c'est-à-dire une personne morale de droit privé »).

(76) T.C., 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot, Rec. 787 ; 6 nov. 1967, Société des bois du Sud, Rec. 655 ; 12 janv. 1970, Gaz de France c. S.A.G.E.M.A., J.C.P. 1970.II.16229.

(77) T.C., 28 févr. 1966, Geneviève, Rec. 825.

(78) T.C., 3 mars 1969, Société Interlait, A.J.D.A. 1969, p. 694. Et chaque fois qu'il est précisé qu'un organisme intervient aux risques et périls de l'Etat.

(79) C.E., 13 janv. 1961, Magnier, Rec. 38 ; 6 oct. 1961, Fédération nationale des Huileries métropolitaines et Groupement national des produits oléagineux, Rec. 544 et 546 ; 7 nov. 1962, Caisse générale de la péréquation de la Papeterie, Rec. 592 ; Capus, cf. note (74).

(80) Cf. (75).

(81) C.E., 28 juin 1963, Narcy, Rec. 401.

(82) Cf. (78).

B) Prétendues exceptions et exceptions véritables.

Dans un passé ancien, le Conseil d'Etat a méconnu les qualifications du législateur et considéré comme établissements publics des institutions expressément qualifiées établissements d'utilité publique (83).
Le Conseil se fondait sur ce que les textes opérant ces qualifications avaient été rendus « à une époque où le sens des termes (établissement d'utilité publique) n'était pas encore bien défini » (84).

Depuis que le législateur est « en pleine possession du vocabulaire le plus moderne » (85), ce n'est qu'à titre exceptionnel que le juge applique la méthode consistant à mettre à l'écart la personnalité morale de droit privé pour saisir à travers la réalité sous-jacente (« Durchgriff », « penetracion ») (86).

Une telle pratique a été imputée par la doctrine au juge judiciaire et au juge administratif.

Au juge judiciaire, et plus précisément à la Cour de Cassation, on reproche, à tort, d'avoir « ôté toute signification positive à une disposition formellement incluse dans la loi (S.N.E.P. = société anonyme) » (87), d'avoir « vidé de toute substance la disposition de la loi du 11 mai 1946 constituant la S.N.E.P. sous forme de société anonyme et débordé le rôle juridictionnel qui est le sien en substituant sa propre qualification à celle du législateur » (88).
Ces critiques ne renvoient à aucun article précis de la loi. On a beau lire celle-ci, on ne découvre pas qu'elle ait conféré la qualité de société anonyme à la S.N.E.P. On trouve simplement ces indications : « Il est créé sous le nom de Société Nationale des entreprises de presse un établissement de caractère industriel et commercial doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière » (art. 11). « La Société nationale se conforme en matière de gestion financière et comptable aux règles en usage dans les sociétés industrielles et commerciales » (art. 14).
Il résulte de ces dispositions, et notamment de l'article 11. que le législateur ne qualifie ni de public ni de privé l'établissement créé. Il ne dit pas non plus qu'il crée une société commerciale, mais prend simplement position sur le nom de l'établissement créé « Il est créé sous le nom de... »). Or, l'on sait que les dénominations sont sans influence sur la nature juridique des institutions (89).

---

(83) Et inversement. Comp. Cour des Comptes, 6 nov. 1913, Asile de la Providence à Paris, Rec. 1357, et C.E., 21 juin 1912, Dlle Pichot, Rec. 720.
(84) C.E., 21 déc. 1906, Caisse diocésaine de secours, Rec. 947 ; 20 juin 1919, Brincat, Rec. 534.
(85) Expression de M. Ordonneau, concl. sur C.E., 9 juin 1961, Centre national de lutte contre le cancer « Eugène Marquis » de Rennes, Rec. 386.
(86) Cf. Drobnig, Grossen, op. cit. (67), p. 42, p. 141.
(87) L. Constans, op. cit., p. 230.
(88) J.M. Garrigou-Lagrange, op. cit., p. 335.
(89) Plusieurs lois ont explicitement créé des établissements publics « sous le nom de » société. Cf. a. 1er de la loi du 24 août 1946 (Société nationale de ventes des surplus) ; loi du 23 mai 1946 (Société des produits biochimiques).
Pour une loi, créant un établissement public sous le nom de fondation, V., loi 17 novembre 1941.
Cf. supra, note (54).

Si le juge judiciaire a procédé à une analyse matérielle c'est qu'il était en présence d'une institution ayant une forme juridique indéterminée et non d'un établissement public. Il est donc inexact de l'accuser d'avoir transgressé le principe de la qualification formelle des institutions ayant une forme de droit privé.

Le Conseil d'Etat peut l'être à juste titre, mais il importe d'apprécier l'exacte mesure des dérogations constituées par les arrêts de la Bigne de Villeneuve, Confédération nationale artisanale, et Commune d'Arcueil.

Dans le premier arrêt (90), le Conseil d'Etat décide que « l'école française de droit du Caire, quoique constituée sous la forme d'une association, doit être regardée, tant à raison du but qu'elle poursuit que de son organisation et du recrutement de son personnel enseignant, comme un établissement public... ». Le laconisme du Conseil d'Etat ne permet pas d'apprécier la portée exacte de ce considérant. Il semble cependant en résulter que la Haute Juridiction a tenu pour inopérante la forme de droit privé dans laquelle est constituée l'institution en cause. En fait, l'histoire expliquerait une telle solution. L'association gérant l'école se serait dissoute ; après quoi l'Etat aurait repris l'école à son compte, lui conférant la personnalité civile (91). Si telle est l'interprétation qu'il faut donner de cet arrêt. son caractère « aberrant » n'est qu'apparent. En tout état de cause, cet arrêt est isolé.

La deuxième décision (92) a une portée beaucoup plus limitée : « ... bien que constituée sous la forme d'une association régie par la loi du 1er juillet 1901, l'association des présidents des Chambres de métiers qui groupe les dirigeants de ces établissements publics que constituent les Chambres de métiers, ne présente pas le caractère d'un groupement professionnel d'ordre privé au sens du décret du 27 janvier 1951 ». Le Conseil pratique manifestement le « Durchgriff » et écarte « l'élément formel pour ne retenir que la nature des organismes qui se profilaient à l'arrière-plan de ce décor juridique » [Association] (93). En ne s'arrêtant pas à l'écran constitué par la personnalité juridique de l'association pour scruter les personnes la composant, il écarte le principe rappelé plus haut, mais ne lui apporte qu'une atteinte limitée. On sait que l'expression « au sens de » est restrictive : le rejet du critère formel ne vaut qu'à l'égard du décret du 27 janvier 1951.

C'est dans une mesure moindre encore que l'arrêt Commune d'Arcueil écarte le critère formel. Le Conseil d'Etat déclare recevable le recours en responsabilité dirigé contre une commune alors que l'activité dommageable est due au défaut de surveillance des enfants confiés à un patronage constitué sous la forme d'une association. Pour ce faire, il considère « que la circonstance que le maire ait en 1946 déclaré le patronage comme association privée dans les

(90) C.E., 24 déc. 1937, de la Bigne de Villeneuve, Rec. 1089.
(91) L. Constans, op. cit., p. 221.
(92) C.E., 19 janv. 1962, Confédération nationale artisanale, Rec. 46, concl. Jouvin ; Dr. Soc., 1962, note Jeanneau, p. 206 ; R.D.P. 1962. 971, note Waline.
(93) B. Jeanneau, note citée.

conditions prévues par la loi du 1er juillet 1901 n'est pas de nature à modifier le caractère de ce service public dès lors qu'il est constant que ladite association n'a jamais fonctionné » (94).

Dans l'arrêt de la Bigne de Villeneuve, une association paraît être considérée comme un établissement public ; dans la présente espèce, une activité, qui en droit est assurée par une personne de droit privé, est considérée comme étant gérée en régie par la commune.

Lorsqu'on sait que le Conseil d'Etat déclare recevable des recours en responsabilité dirigée contre des communes à raison de faits dommageables imputables à des associations « fictives » et parfois même à de « vraies » associations gérant un service public (95), on peut admettre que l'arrêt commune d'Arcueil constitue une limitation de peu de portée au principe de détermination formelle de la nature juridique des institutions constituées dans une forme de droit privé.

Des trois atteintes susvisées, l'une explique, semble-t-il, par des considérations historiques et les deux autres n'ont qu'une portée limitée. Elles confirment, si besoin est, l'attachement des tribunaux à une méthode formelle de qualification des institutions et permettent de restituer à la notion de personne morale de droit privé son contenu juridique véritable, singulièrement restreint par certains auteurs.

Il est donc conforme au droit positif de considérer comme agents de l'intervention non seulement les personnes privées « authentiques », mais également celles qui sont dites « fictives ».

Si la qualification d'une institution ayant une forme de droit privé ne fait ainsi aucune difficulté en droit positif, il n'en va pas de même pour les institutions constituées dans une forme indéterminée. Dans ce cas, et en l'état actuel des solutions jurisprudentielles, le problème est quasiment insoluble.

Section II

PERSONNES MORALES CONSTITUEES DANS UNE FORME INDETERMINEE

Le problème se pose en ces termes : Une institution, investie d'une tâche d'intérêt général et soumise à un régime exorbitant du droit commun (en prérogatives et sujétions), est créée par la puissance publique qui lui reconnaît la personnalité civile sans en préciser autrement la nature. Existe-t-il en cette hypothèse un critère permettant de déterminer à coup sûr la nature publique ou privée de cette institution ?

---

(94) C.E., 17 avril 1964, Commune d'Arcueil, D. 1965, 45, concl. Combarnous.

(95) Cf. infra, Titre IV, chapitre II, notamment p. 306 et 317.

L'incertitude de la jurisprudence rend possible la multiplicité des critères doctrinaux et interdit une prise de position ferme sur ce problème.

§ 1. — MULTIPLICITE ET INEXACTITUDE DES CRITERES DOCTRINAUX.

La confrontation rapide des critères doctrinaux (96) (déjà étudiés plus haut) avec la jurisprudence sur les institutions constituées dans une forme indéterminée sera suivie de l'étude de la position de M. Constans.

Les critères de MM. Connois, Spiliotopoulos et Demichel sont conçus comme devant s'appliquer aussi bien aux institutions ayant une forme juridique déterminée qu'aux autres. La jurisprudence qui, on l'a vu, rejette ces critères pour les premières, les utilise-t-elle davantage pour les secondes ?

Pour répondre à cette question, on dispose seulement de deux décisions : l'arrêt Bourguet (97) et l'arrêt Chevassier (98) reconnaissant à des personnes constituées dans une forme indéterminée une nature privée. S'ils ne permettent pas de prendre parti sur les critères de M. Connois (99) et de M. Spiliotopoulos, les deux révèlent que le critère de M. Demichel (« le contrôle supprimant l'autonomie ») n'a été retenu, ni par le Tribunal des Conflits pour un centre de lutte contre le cancer, ni par le Conseil d'Etat pour les fédérations départementales des chasseurs, nonobstant la circonstance, relevée par les deux tribunaux, que ces institutions sont soumises à un contrôle étroit de l'administration.

L'étude de M. Constans (100) ne vise à établir un critère de distinction des personnes administratives et des personnes privées que pour les institutions créées dans une forme indéterminée. Si le problème est posé conformément aux données du droit positif, la solution apportée ne rend pas compte de celui-ci.

Cet auteur estime que les problèmes de qualification, dans le silence de la loi, de la nature juridique d'institutions personnalisées, dépendent — on emprunte cette expression à Michoud — de leur « structure intime » (101). Le critère varie selon qu'elles constituent

---

(96) M. Waline reconnaît que le critère qui, selon lui, devait permettre de distinguer les personnes morales de droit public des personnes morales de droit privé (« le caractère volontaire ou forcé de la participation au groupe représenté par cette personne »), est infirmé par la jurisprudence, D.A. 1969, n° 392, p. 209-210.

(97) T.C., 20 nov. 1961, Bourguet, D., 1962, p. 389.

(98) C.E., 4 avr. 1962, Chevassier, D., 1962, p. 327.

(99) On ne peut considérer que l'arrêt Chevassier confirme le critère de M. Connois. Si le budget des fédérations départementales est, avant d'être exécuté, soumis à l'ingénieur des eaux et forêts (a. 398, code rural), on sait que M. Connois distingue approbation des comptes et approbation du budget et refuse de faire produire à celle-ci les conséquences qu'entraîne celle-là.

(100) L. Constans, Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français, p. 217 s.

(101) L. Michoud, La théorie de la personnalité morale, tome 1er, p. 209.

des fondations (« tout groupe dont le but est déterminé par une volonté étrangère ») ou des corporations (« tout groupe dont le but est déterminé par la volonté même des membres du groupe ») (102).

Pour les institutions à caractère fondatif, après avoir justement noté qu'un particulier ne peut jamais créer une personne administrative de ce type, M. Constans pose la question qui fait difficulté : à quoi reconnaît-on qu'une institution fondative d'origine publique est une personne administrative ou privée ? Il répond : Il faut présumer qu'il s'agit d'une personne administrative. La nature de la présomption varie selon la nature juridique du service géré par l'institution. Lorsqu'il s'agit d'un service administratif, cette présomption est irréfragable. (L'auteur indique en effet qu'on ne se trouve en présence d'un établissement privé que si cette qualification résulte nécessairement de la dénomination attribuée par le législateur, par exemple qualification d'établissement d'utilité publique). Dans le cas où la nature du service est industrielle et commerciale, la présomption peut être renversée, d'une part lorsque le législateur décide expressément que les biens pourront être soumis aux voies d'exécution du droit commun, d'autre part lorsque la dénomination officielle est incompatible avec le caractère public (en fait dans ce cas le problème ne se pose pas) (103).

Cette méthode n'est pas applicable aux institutions à caractère corporatif. Pour celles-ci, un autre critère doit être utilisé dont l'énoncé est assez long, mais que M. Constans résume ainsi : une institution de type corporatif ne pourra être considérée comme publique « que dans la mesure où son statut fonctionnel révèlera une forte densité de règles de droit public » (« concernant la partie de son activité qui répond aux besoins de ses adhérents et non à ceux d'une collectivité plus large dont cette personne pourrait éventuellement être chargée ») (104). On voit tout de suite qu'un tel critère conduit à reconnaître un caractère privé aux ordres professionnels (perception des cotisations sans bénéficier des procédés de droit public, caractère privé des deniers).

Aussi, à peine posé, ce critère est-il écarté eu égard à sa « valeur relative », ou plus exactement il est précisé par un « critère complémentaire » qui n'est autre que celui de la nature juridique des élections destinées à pourvoir au recrutement des organes de l'institution considérée (105). Si celles-ci constituent des opérations administratives, l'institution est publique, sinon elle est privée.

M. Constans n'aborde pas le problème de savoir si ce critère, qui n'est en fait que la justification de la nature publique des ordres professionnels dont on sait que le Conseil d'Etat accepte de contrôler les élections, est applicable à d'autres institutions comme les comités des pêches maritimes, organismes corporatifs à nature indéterminée.

Que faut-il penser de ces solutions ?

---

(102) L. Michoud, op. cit., p. 224.
(103) Constans, op. cit., p. 229.
(104) Id., op. cit., p. 240.
(105) Constans, op. cit., p. 240 à 242.

La méthode n'est pas d'un maniement très facile. Elle suppose résolue la détermination du caractère fondatif ou corporatif d'une institution, ce qui en fait n'est pas aisé. Michoud lui-même avait indiqué que la distinction entre fondation et corporation était inapplicable aux personnes publiques (106). Elle l'est difficilement aux personnes privées gérant un service public. M. Constans le reconnaît lui-même en notant que les groupements investis d'une mission de service public sont des institutions de caractère mixte (107).

Le caractère fondatif ou corporatif étant supposé déterminé, et en ce qui concerne l'identification de la nature juridique des personnes à caractère fondatif, il faut ensuite apprécier la nature administrative, ou industrielle du service, ce qui ne va pas parfois sans difficulté. Enfin l'inconvénient majeur de cette méthode est de ne pas correspondre à la méthode appliquée par le juge qui utilise en fait une présomption inverse, ainsi que le reconnaît M. Constans (108).

En ce qui concerne le critère applicable aux personnes à caractère corporatif et plus particulièrement aux ordres professionnels, on ne peut opposer au critère de M. Constans l'état du droit positif, puisque le Conseil d'Etat est toujours parvenu à éluder la question de la nature juridique des ordres. On discutera la position de M. Constans sur ce point plus loin, en même temps que celle des auteurs qui soutiennent le caractère public des ordres.

Si aucun des critères proposés par la doctrine ne rend compte du droit positif, c'est peut-être parce que celle-ci se trouve en présence non pas d'une véritable jurisprudence, mais de simples décisions d'espèce.

Après avoir constaté — au risque d'être taxé de « juridisme étroit » — que le juge suit une ligne constante et ferme pour qualifier des institutions ayant une forme de droit privé, on doit reconnaître — au risque d'être taxé de « nihilisme juridique » — que, lorsqu'il s'agit de qualifier des institutions que le législateur a dotées de la personnalité civile sans en préciser autrement la nature, la démarche du juge est très empirique.

§ 2. — ABSENCE DE CRITERE JURISPRUDENTIEL PRECIS (109).

Aucun critère précis permettant de distinguer les personnes morales de droit privé des personnes morales de droit public ne résulte de trois décisions récentes se prononçant sur la nature juri-

---

(106) Michoud, op. cit., t. 1er, p. 224-225.

(107) Constans, op. cit., p. 244, note 2.

(108) Constans, p. 228. M. Constans renvoie à MM. Drago et Connois, J.C.A., fasc. 135, n° 31.

Cf. C.E., 16 mars 1956, Garnett, Rec. 125 : Après avoir constaté qu'une institution créée par les pouvoirs publics avait une composition et des attributions analogues à celles d'un établissement public à objet voisin, le Conseil d'Etat refuse de lui reconnaître cette qualité « en l'absence de toute disposition législative expresse ».

(109) L'historique des critères de distinction des personnes publiques et des personnes privées a été fait à différentes reprises d'une manière telle qu'il serait inutile de recommencer. V. Connois, op. cit., p. 34 s. ; Demichel, op. cit., tome 2, p. 562 s. ; de Laubadère, note citée (111) .

dique d'institutions ayant une forme indéterminée et admettant la nature publique de l'I.N.A.O. (110), la nature privée d'un centre de lutte contre le cancer (111) et d'une fédération départementale de chasseurs (112).

On ne saurait tenir pour tel la prise en considération de « l'intention du législateur ». Doctrine et commissaires du gouvernement s'accordent pour reconnaître que la « recherche de l'intention du législateur est presque toujours illusoire » (103), ou qu'il n'y a souvent « rien de bien décisif dans l'intention présumée du législateur » (114).

A défaut de critère précis, le juge utilise la méthode dite du « faisceau d'indices ». Mais, comme le note M. Heumann, c'est d'une « manière plus ou moins empirique que le juge parvient à découvrir la véritable physionomie de l'institution... » (115). Parmi ces indices, certains n'interviennent qu'à titre confortatif. Une place prééminente est attribuée à « l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement ». Le juge détermine la nature juridique d'une institution en évaluant la part respective des éléments de droit public et de droit privé qu'elle comporte ; et c'est selon la « densité » plus ou moins grande des règles de droit public qu'il se prononce en faveur de la nature publique ou privée de l'institution. C'est alors que la méthode du juge devient empirique, en l'absence d'une mesure précise de la « densité » nécessaire pour qu'il y ait personne publique, et qu'en conséquence les qualifications opérées sont aléatoires.

Une telle méthode ne présenterait que des inconvénients limités si le juge refusait de se laisser guider par des considérations de simple opportunité. Lorsque tel n'est pas le cas, ainsi que cela résulte des conclusions des commissaires du gouvernement (116), l'incertitude s'accroît d'autant (117). Pour être fixé sur la nature juridique d'une institution, il faut en fait attendre que le juge se soit prononcé.

En présence d'un état de droit aussi incertain, il ne faut pas, après avoir dégagé plus haut la responsabilité des auteurs, céder à la tentation d'incriminer le juge. L'incertitude en ce domaine est directement imputable à la réalité, qui est extrêmement nuancée et se prête mal à une « systématisation » jurisprudentielle (118).

---

(110) C.E., 13 nov. 1959, Navizet, R.D.P. 1960. 1034, concl. Heumann.

(111) T.C., 20 nov. 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis, D. 1962. 389, note de Laubadère ; J.C.P. 1962.II.12572, note Auby ; R.D.P. 1962. 964, note Waline ; Dr. Soc. 1962. 550, note Teitgen ; V. concl. Ordonneau, citées supra note (85).

(112) C.E., 4 avr. 1962, Chevassier, D. 1962. 327, concl. Braibant.

(113) A. de Laubadère, note citée p. 391.

(114) Heumann, R.D.P. 1960, p. 1038.

(115) Id., p. 1037-1038.

(116) Dans l'espèce relative à l'I.N.A.O., les considérations d'opportunité ont joué en faveur de la nature publique ; dans l'affaire Chevassier, elles ont joué en sens inverse.

(117) Comme le note M. de Laubadère, « Le Conseil d'Etat est allé beaucoup plus loin que le Tribunal des Conflits dans l'abandon de tout critère précis et même de tout critère quelconque de l'établissement public », note citée, supra (111).

(118) M. de Laubadère est favorable à ce que le juge « taille dans le vif » et adopte des critères peu nombreux en leur attachant un effet de présomption. Le système préconisé par M. de Laubadère, s'il est peu conforme à la méthode juridictionnelle, pourrait être utilisé par le juge sans crainte d'extension trop grande de la catégorie des personnes publiques (note citée supra 111).

Aussi comprendra-t-on qu'il ne soit pas question de proposer un critère nouveau et prétendant rendre compte des données du droit positif.

§ 3. — POSITION ADOPTEE.

On ne saurait conclure sur la notion d'agent d'intervention et donc sur celle de personne morale de droit privé sans avoir au préalable pris parti sur la qualification à donner aux deux catégories les plus nombreuses de personnes ayant en droit positif une nature juridique indéterminée : Ordres professionnels et comités des pêches maritimes.

En matière d'ordres professionnels, l'opinion dominante en doctrine penche pour la nature publique de ces organismes. La vraie raison du refus d'admettre leur caractère privé réside probablement dans le fait que ces institutions participent à l'exercice de la fonction juridictionnelle, laquelle serait par définition insusceptible de délégation à des organismes privés. Non confirmée par l'histoire, une telle position est contraire au droit positif : la Commission de contrôle des banques, qui participe à l'exercice de la fonction juridictionnelle lorsqu'elle statue en matière disciplinaire, a été habilitée par le législateur à déléguer ce pouvoir disciplinaire à une personne morale de droit privé (Association professionnelle des banques) (119). Ce premier argument n'est pas vraiment décisif, car rien ne dit que l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'Association professionnelle des banques serait considéré par le juge comme l'exercice d'une fonction juridictionnelle.

Autre argument, jamais mis en avant sauf erreur, pour justifier la nature privée des ordres professionnels : la faculté qui leur est attribuée de transiger et de compromettre (120). On sait que si les personnes publiques peuvent valablement recourir à la transaction, elles ne peuvent compromettre. Les ordres seraient-ils donc des personnes privées ? Ici encore le raisonnement n'est imparable qu'en apparence. Les défenseurs de la thèse ordres professionnels = personnes publiques pourraient rétorquer à juste titre qu'en les habilitant à compromettre, le législateur n'a nullement entendu leur conférer un caractère privé, mais s'est borné à déroger au principe général selon lequel les personnes publiques ne peuvent compromettre.

Si l'on veut montrer à toute force que les ordres professionnels peuvent être des personnes privées, il faut se placer sur le terrain même de la doctrine qui leur dénie cette nature.

L'argument essentiel de la doctrine est analogique : celle-ci, constatant d'une part que l'arrêt Monpeurt (121), éclairé par les conclusions du commissaire du gouvernement Ségalat, n'exclut pas que les comités d'organisation puissent être des personnes publiques (sans

(119) Loi du 13 juin 1941, a. 26.
(120) Pour l'Ordre des Médecins, cf. Art. L. 394, Code de la Santé Publique.
(121) C.E., 31 juillet 1942, Monpeurt, Rec. 239, R.D.P. 1943. 57, concl. Ségalat, note Bonnard ; G.A., p. 259.

être pour autant des établissements publics), d'autre part que l'arrêt Bouguen (122) reproduit exactement la formule de l'arrêt Monpeurt, estime que les ordres professionnels sont, comme les comités d'organisation, des personnes publiques sans être nécessairement des établissements publics.

Il est possible de montrer que cette interprétation est inexacte, en se plaçant, comme il a été dit, sur le même terrain que la doctrine, c'est-à-dire en faisant abstraction à la fois de l'autre interprétation possible de l'arrêt Monpeurt qui exclut la nature publique des comités d'organisation et de la jurisprudence ultérieure résultant notamment des arrêts Morand et Magnier (123).

Le raisonnement analogique de la doctrine n'est valable que tout autant que l'arrêt Monpeurt interprété à la lumière des conclusions Ségalat dit la même chose que l'arrêt Bouguen éclairé par les conclusions Lagrange.

Or tel n'est pas le cas. Si les deux commissaires du gouvernement abordent le problème de la même manière en indiquant que la détermination de la nature juridique de l'institution en cause n'est pas nécessaire pour donner une solution au litige, ils ne le posent pas dans les mêmes termes.

M. Ségalat dit : « Ainsi les comités ne sont plus des organismes privés ; ce ne sont pas des établissements publics. Ils apparaissent, à la vérité, comme une institution entièrement nouvelle qui ne peut pas être intégrée dans les cadres juridiques anciens » (124).

M. Lagrange ne prend pas parti sur la nature des ordres, mais indique : « ... il n'est pas nécessaire en vertu de votre jurisprudence... de rechercher si l'organisme duquel émane la décision attaquée constitue un établissement public ou une institution privée » (125). A la différence de M. Ségalat, M. Lagrange propose au Conseil d'Etat une alternative comportant deux termes bien précis : « établissement public ou institution privée ». La Haute Juridiction, en disant que « le conseil supérieur de l'Ordre des Médecins n'est pas un établissement public », opte nécessairement pour la nature privée de celui-ci. C'est bien ce qui résulte de l'arrêt Bouguen, si l'on admet que cet arrêt, interprété à la lumière des conclusions de M. Lagrange, n'est pas identique à l'arrêt Monpeurt éclairé par les conclusions de M. Ségalat.

Notons enfin le caractère paradoxal de la position de la doctrine qui qualifie les ordres professionnels de personnes publiques alors que la juridiction administrative manifeste sa volonté de ne contrôler, dans l'activité de ces institutions, que leurs mesures administratives unilatérales (et leurs jugements), le reste étant régi, à l'exclusion du contentieux des élections, par le droit privé (personnel, travaux, deniers, contrats, cotisation). Pourquoi dans ces conditions ne pas

(122) C.E., 2 avril 1943, Bouguen, Rec. 86 ; D. 1944. 52, concl. Lagrange, note Jacques Donnedieu de Vabres ; G.A., p. 265.
(123) Références supra, note (72).
(124) Op. cit., p. 64.
(125) Op. cit., p. 52.

les considérer comme des organismes privés gérant un service public, puisque tel est le résultat auquel conduit cette qualification ?

Le Conseil d'Etat, qui est parvenu jusqu'ici à éluder le problème de la qualification (positive) des ordres professionnels, ne s'est jamais non plus prononcé sur la nature juridique des comités des pêches maritimes (126).

La majorité de la doctrine considère qu'ils constiuent, dans le silence du législateur, des personnes publiques. Il n'y a pas d'autres arguments à invoquer que la création par les pouvoirs publics et leur soumission à un régime dont le caractère exorbitant du droit commun est accentué, qu'il s'agisse des prérogatives ou des sujétions. Cela n'est nullement décisif. En effet, sous l'empire du décret-loi du 24 mai 1938, ces institutions étaient soumises à un régime analogue à celui qui résulte actuellement de l'ordonnance du 14 août 1945. Une différence pourtant : ils devaient être constitués conformément à la loi de 1901 sur les associations. Le raisonnement que l'on peut tenir pour justifier leur nature privée est le suivant : le législateur n'ayant pas manifesté son intention de modifier la nature juridique des comités des pêches maritimes, on doit considérer qu'ils demeurent des personnes privées (127).

Ces deux prises de position, quant à la nature juridique des ordres professionnels et des comités des pêches maritimes, le sont en quelque sorte à titre gratuit. En effet, ne sont pris en considération dans la suite de ces développements que les seules institutions qui, sans contestation possible, ont un caractère privé, soit en raison de leur forme, soit en vertu d'une qualification expresse en ce sens par le droit positif (législateur ou juge). Cette position présente un avantage sans comporter d'inconvénient. Les analyses qui suivent et les conclusions qui en découlent ne pourront être contestées motif pris de l'incertitude des prémisses. L'exclusion des ordres professionnels et des comités des pêches maritimes ne présente aucun désavantage majeur, car il existe des institutions présentant les mêmes caractéristiques, dotées de prérogatives identiques et qui sont incontestablement des personnes morales de droit privé.

*
**

La notion d'agents de l'intervention ainsi précisée, l'essai de définition de l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative doit être poursuivi en vue de rechercher à quelles conditions une personne morale de droit privé peut être considérée comme intervenant dans l'action administrative.

(126) Ord. du 14 août 1945 (J.O., du 15) ; Cf. C.E., 20 oct. 1966, Société Graciet, A.J.D.A., 1967.2.274, concl. Baudouin (le commissaire du gouvernement n'évoque à aucun moment le problème de la nature juridique des comités des pêches maritimes).

(127) L'exposé des motifs précise que l'ordonnance « s'inspire de l'ensemble des principes sur lesquels était fondé le décret-loi du 24 mai 1938 », sans qu'il s'agisse cependant d'un « retour pur et simple » à ce texte.

Le raisonnement indiqué au texte a été tenu par le Tribunal des Conflits dans l'affaire Bourguet : « ...Le législateur a entendu conférer à ces centres le caractère d'établissement privé qui était d'ailleurs celui de ce type d'établissement avant l'intervention des dispositions sus-rappelées ») et par M. Braibant dans l'affaire Chevassier.

TITRE II

LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'INTERVENTION

Trois questions fondamentales sont à résoudre, portant sur le point de savoir si une investiture préalable est ou non une condition nécessaire de la notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, et, dans le cas d'une réponse affirmative, quelle en est la nature juridique et quels en sont les effets.

Chapitre I. — *Le problème de l'habilitation préalable.*

Chapitre II. — *Les différentes catégories d'habilitation.*

Chapitre III. — *Les effets de l'habilitation.*

CHAPITRE I

LE PROBLEME DE L'HABILITATION PREALABLE

Une habilitation préalable est-elle ou non nécessaire pour qu'on puisse parler d'intervention dans l'action administrative ?

Si oui, quelles sont les autorités compétentes pour la donner ?

Section I

LA NECESSITE D'UNE HABILITATION PREALABLE

D'un point de vue théorique, deux solutions sont concevables : ou bien l'intervention n'est possible qu'après obtention d'un titre juridique donné par la puissance publique, ou bien la décision d'intervention est laissée à la libre appréciation des personnes morales de droit privé. Les avantages et les inconvénients de chacune de ces solutions sont diamétralement opposés.

La nécessité d'une investiture préalable est dans la logique d'un système répartissant les compétences entre les diverses autorités administratives et assurant la sanction de cette répartition. A quoi servirait une répartition des compétences au sein de l'ordre administratif si les personnes privées pouvaient décider proprio motu de venir la troubler ? Dans cette perspective la puissance publique est seule juge de l'opportunité de l'intervention, qui ne peut avoir lieu qu'après autorisation ou accord préalables. Cette première solution permet d'éviter l'intervention intempestive des personnes privées dans l'action administrative (1) et de s'assurer que cette intervention est conforme à l'intérêt général. Son inconvénient réside dans sa rigidité : une opération administrative peut devoir être exécutée d'urgence sans que les atorités administratives normalement compétentes soient en mesure de le faire. L'intérêt général n'exige-t-il pas dans ces hypothèses que les personnes privées puissent accomplir de telles opérations même en l'absence de toute habilitation ?

---

(1) Cf. G. Renard, Notions très sommaires de droit public, Sirey, 1920, p. 40. « Il est inadmissible que l'administration soit contrainte à accepter toutes les bonnes volontés qui se présentent ; il faut la protéger contre les indésirables et les brouillons ».

C'est ce que permet la seconde solution, qui présente des avantages et des inconvénients inverses : l'intervention n'étant soumise à aucune autorisation se réalise aisément, mais il n'est pas garanti qu'elle soit exigée par l'intérêt général.

En supposant que le législateur dût choisir entre l'un ou l'autre système, on concevrait difficilement qu'il se prononçât en faveur du procédé de l'absence d'habilitation préalable. Un tel choix conduirait inévitablement à l'anarchie administrative. Rien n'interdit en revanche qu'il les admette concurremment, mais sur un plan différent. Le principe doit être la nécessité d'une habilitation préalable. L'absence d'habilitation, qui correspond à des hypothèses exceptionnelles, ne peut être pratiquée qu'à titre d'exception.

C'est cette combinaison satisfaisante à la fois du point de vue logique et des exigences d'une bonne administration qui est consacrée par le droit positif français. La nécessité d'une habilitation préalable, retenue comme principe, découle de la volonté du législateur. L'intervention sans investiture préalable, exceptionnelle, résulte de la jurisprudence administrative.

§ 1. — LE PRINCIPE : L'HABILITATION PREALABLE, CONDITION NECESSAIRE DE LA NOTION D'INTERVENTION.

L'exigence d'une habilitation préalable, si elle est rarement indiquée par la doctrine, est également peu souvent contestée par les auteurs.

La majorité de la doctrine est muette à ce sujet, probablement parce cette condition est d'évidence (2). La règle de l'habilitation préalable (nomination, élection...) vaut pour tous les agents ou autorités administratifs qui constituent l'administration au sens organique. A fortiori doit-elle s'imposer aux agents qui lui sont extérieurs.

Son existence et sa portée très générale paraissent néanmoins être méconnues par certains auteurs. Selon M. Timsit (3), la seule poursuite des buts propres à l'action administrative suffit à définir la fonction administrative, toute considération « organique » faisant défaut. Cette conception déjà extensive est encore étendue par le sens très large donné au mot « organique ». Cette expression inclut les institutions privées simplement dépendantes à l'égard de l'adminis-

---

(2) V. cependant G. Renard, cf. note (1) MM. Auby et Ducos-Ader font très justement de l'habilitation préalable le premier élément de la notion de « service public dans l'activité des personnes privées » : « Il faut un acte d'une personne publique chargeant une personne privée d'assurer une certaine activité... ». Grands services publics et entreprises nationales, P.U.F., 1969, t. 1er, p. 29. Institutions administratives, Dalloz, 1966, nº 15, p. 36. Cf. Chapus, Le service public et la puissance publique, R.D.P. 1968, p. 243.

(3) G. Timsit, Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français, Préf. Ch. Eisenmann, L.G.D.J. 1963, p. 204 s.

Cette position résulte aussi implicitement de l'étude de M. Leclercq qui insiste beaucoup sur l'idée de but et qui dans la définition de la mission de service public, n'indique pas la nécessité d'une habilitation préalable, La mission de service public, D.S. 1966, chron. III, p. 12.

tration (Cf. la critique faite par M. Timsit à la thèse de M. de Corail. à qui il reproche de donner une interprétation « organique » de la jurisprudence sur le service public fonctionnel au motif que cet auteur soutient que les institutions chargées d'un service public, au sens fonctionnel, sont toujours « dépendantes » à l'égard de l'administration). En tant qu'elle prétend rendre compte d'un principe, la position de M. Timsit est contraire au droit positif. Lorsque le service public n'est pas géré par une personne publique, mais par une personne privée, celle-ci est toujours dépendante à l'égard de l'administration. Le fondement de cette dépendance est l'habilitation.

L'exigence d'une habilitation préalable ne résulte d'aucun texte général, mais découle de la volonté du législateur confirmée par la jurisprudence du juge administratif.

Pour exprimer l'exigence d'une investiture préalable à toute intervention, le législateur utilise une terminologie variée. Puisque aucun texte général n'énonce le principe, il convient d'indiquer quelques exemples, qui ne sont pas tous nécessairement de droit positif : « Les caisses d'épargne, les sociétés de secours mutuels et les syndicats qui seront admis par les ministres... à se charger des encaissements de cotisations... » (4) ; « toute mutualité... préalablement agréée à cet effet... peut être chargée par le conseil municipal... d'assurer le fonctionnement de la présente loi » (5) ; « les décisions relatives au prix de tous produits et services sont prises par des organismes agréés par le ministre de l'Economie nationale, agissant en vertu d'une délégation de compétence... » (6) ; « Lorsqu'elles ne sont pas exécutées par l'Etat... les opérations destinées à [assurer la répartition, la compensation et la péréquation des prix]... ne peuvent être faites par des entreprises ou organismes privés qu'en vertu de conventions conclues avec le ministre... » (7) ; « La formation prémilitaire est donnée dans ... des établissements... privés habilités par le département militaire intéressé... » (8) ; « toute personne, toute œuvre, institution même reconnue d'utilité publique s'offrant à recueillir des mineurs en exécution de la présente ordonnance devra obtenir du préfet une habilitation spéciale... » (9) ; enfin un dernier exemple choisi parmi beaucoup d'autres : « Les unions nationales et les unions départementales [des associations familiales] sont habilitées... à gérer tout service d'intérêt familial dont les pouvoirs publics estimeront devoir leur confier la charge » (10).

Dans les textes relatifs non à des catégories d'institutions, mais à une seule institution, on trouve les mêmes expressions.

---

(4) Loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes ; a. 12 (J.O., 6 avr.).
(5) Loi du 17 juin 1913, a. 10 (J.O., 19 juin).
(6) Ord. n° 1483 du 30 juin 1945 relative au prix, a. 1er 5° (J.O., 8 juill.).
(7) D. n° 933 du 30 sept. 1953 relatif au statut, à l'organisation et au fonctionnement des organismes d'intervention économique de caractère privé, a. 1er (J.O., 1er oct.).
(8) Ord. 22 avril 1945, a. 4 (J.O., 11 mai).
(9) Ord. 2 février 1945, a. 39 (J.O., 4 févr.).
(10) Ord. 3 mars 1945, a. 6, 3° (J.O., 4 mars).

Quant au juge administratif, il se plaît à relever que les institutions interviennent en vertu d'un titre juridique précis et en tire des conséquences juridiques.
S'il reprend quelquefois les formules du législateur, il utilise de préférence un terme qui lui est propre : « investi » [d'une mission de service public] ; souvent l'existence d'une habilitation préalable ne résulte que d'un seul mot, substantif ou adjectif : concession, mandat, affermage, régie intéressée, adjudicataire, agréé, autorisé, réquisitionné...
Exceptionnellement ses formules sont plus développées : [L'institution] « est titulaire d'une délégation ministérielle l'habilitant à... » (11) ; elle a été « officiellement chargée de... » (12) ; elle a été « appelée par l'Etat à... » (13).
Rares sont les arrêts dans lesquels l'existence d'un lien juridique est difficile à établir. M. Waline (14) estime que tel est le cas de l'arrêt Compagnie d'assurances La Mutuelle du Mans, le sieur Chauveau n'étant ni requis ni lié par contrat. L'arrêt relève pourtant que ce dernier a usé de la faculté que lui offrait la réglementation d'exploiter lui-même son matériel réquisitionné. On peut estimer dès lors, contrairement à l'opinion de M. Waline, qu'un lien de droit s'est formé résultant de l'acceptation d'une offre faite par l'administration (15).

Il ne suffit pas d'établir que le juge mentionne l'habilitation pour que celle-ci soit une condition nécessaire de la notion d'intervention des personnes privées dans l'action administrative. Encore faut-il qu'il en tire des conséquences juridiques. A première vue, tel n'est pas le cas. Les références à l'habilitation sont le plus souvent faites d'une manière purement gratuite, en incidente et par un seul mot, et le juge n'en tire apparemment aucune conséquence.
En fait, il n'en est rien. Le juge tire des conséquences juridiques de l'absence d'habilitation (16). Diverses jurisprudences attestent indirectement l'existence du principe et les conséquences juridiques qui en découlent : celle selon laquelle le juge administratif considère que l'habilitation n'est pas obtenue lorsque, devant être approuvée par une autorité supérieure, elle ne l'a pas été (17), et plus encore la jurisprudence portant sur la légalité de l'habilitation (18), ou bien

(11) C.E., 25 mai 1962, Fédération sportive et gymnique du travail, Rec. 348.
(12) C.E., 4 août 1944, Cie des produits chimiques Alais, Froges et Camargue, S. 145.3.4.
(13) C.E., 8 nov. 1929, Tissot, Rec. 981.
(14) Note sur C.E., 21 octobre 1949, D. 1950. 162.
(15) Dans l'arrêt Terrier (6 févr. 1903, Rec. 94), le Conseil d'Etat a considéré comme étant liés contractuellement avec l'administration tous ceux qui avaient accepté l'offre de l'autorité administrative de collaborer au service public.
(16) Sur les effets de l'habilitation, V. infra, chapitre III.
(17) Dans ce cas, la personne privée intervient « à ses risques et périls ». C.E., 16 mars 1928, Bringer et Lamire, Rec. 386.
(18) Cf. infra, notes (29) à (31).
Le juge relève parfois le caractère légal de l'habilitation ou de l'intervention. C.E., Société industrielle d'huilerie et Reggio, Rec. 449 (troisième considérant). T.A. de Nantes, 31 mai 1963, Ascensio, D. 1964. 344, note Savatier

celle relative à l'annulation, par le juge, des actes pris par une institution de droit privé sur le fondement d'une habilitation expirée (19). Ces jurisprudences montrent que l'intervention dans l'action administrative est subordonnée à la détention d'un titre juridique, d'un titre légal et non périmé, donc d'un titre juridique tout court.

Le principe de l'habilitation préalable n'a pas une portée absolue. Exceptionnellement, le juge admet qu'il y a participation à la fonction administrative sur la seule considération des fins poursuivies et en l'absence d'habilitation préalable. C'est dans cette mesure que la thèse de M. Timsit critiquée plus haut en tant qu'elle paraissait nier le caractère général de la nécessité d'une habilitation préalable est conforme au droit positif.

§ 2. — L'EXCEPTION : ADMISSION DE L'INTERVENTION SANS HABILITATION PREALABLE.

Pour valider l'intervention dans l'action administrative de personnes privées dépourvues d'investiture préalable, on peut songer à recourir à différentes constructions jurisprudentielles dont certaines se chevauchent partiellement et dont les contours sont malaisés à déterminer : la notion de collaboration bénévole, la théorie du fonctionnaire de fait, la théorie de la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause. Il n'est pas question de les étudier en soi, mais simplement de montrer qu'elles constituent une exception dont le caractère limité ne fait que confirmer la valeur et la portée du principe.

Présentant les conditions de licéité de la collaboration bénévole, M. Lavroff estime — d'une manière paradoxale semble-t-il, puisqu'il dit étudier l'intervention dans l'action administrative de personnes dépourvues de titre — que la première condition de licéité de la collaboration bénévole est l'intervention de l'administration elle-même sous l'une des trois formes suivantes : sollicitation, acceptation implicite, non opposition, qui consiste en une « sorte d'investiture », une « investiture de fait » (20). Dans sa typologie l'auteur n'envisage pas le seul cas qui correspond véritablement à une absence totale de titre, à savoir l'hypothèse où une personne privée intervient dans l'action administrative à l'insu de l'administration sans qu'il y ait, de la part de celle-ci, sollicitation, acceptation implicite, non opposition.

(après avoir relevé qu'une caisse d'allocation familiale a été autorisée et intégrée dans le plan départemental de la protection infantile, le Tribunal déclare « que dès lors la caisse participe légalement à l'exécution d'un service public » ; C.E., 26 févr. 1969, Chabrot (2e espèce), A.J.D.A. 1969, 318 (« que l'aménagement et l'exploitation de ces parcs [de stationnement] ont été régulièrement confiés à un concessionnaire par convention... approuvée... ».

(19) C.E., 28 janv. 1955, Fédération des syndicats d'utilisateurs et de transformateurs de lait, Rec. 49 ; 25 janv. 1955, Syndicat national des importateurs français en produits laitiers et avicoles, Rec. 55 ; 17 mars 1961, Groupement national des produits laitiers, R.P.D.A. 1961, n° 130, p. 70 (« ledit groupement n'était plus habilité à effectuer les opérations d'intérêt public prévues à l'article 49 de la loi du 11 juillet 1938... ».

(20) D.G. Lavroff, Le collaborateur bénévole de l'Administration, A.J.D.A., 1959, I, p. 122 et 124.

Un tel silence s'explique probablement par la rareté de cette situation. (V. cependant, C.E., 9 oct. 1970, Gaillard, R.D.P., 1970. 145. concl. Rougevin-Baville). Ainsi la collaboration bénévole correspond rarement à une intervention sans titre. De plus, bien que théoriquement elle puisse être utilisée à propos des personnes morales, elle n'a été appliquée en pratique qu'à des personnes physiques prises comme telles (et non comme organes d'une personne morale) et jamais. sauf erreur, à des personnes morales de droit privé.

La notion de fonctionnaire de fait (21), bien qu'elle puisse aussi, théoriquement, être appliquée aux personnes morales (absence de titre, investiture irrégulière, continuation irrégulière de la fonction), n'est en fait utilisée par le juge qu'à propos de personnes physiques (souvent même des agents publics, ainsi dans le cas d'investiture « plausible ») (22). Comme la notion de collaboration bénévole, la théorie des fonctionnaires de fait ne permet pas d'infirmer l'existence du principe de l'habilitation préalable. Même si elle était appliquée à des personnes morales, elle constituerait le fondement d'une part très minime d'interventions, car ele ne viserait que celles qui sont sporadiques et non institutionnalisées.

Les théories de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause (23) sont appliquées aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Mais comme les précédentes, elles sont d'application limitée. Les interventions sans habilitation préalable qu'elles permettent de légitimer ne constituent qu'une très faible minorité (24).

La théorie de la gestion d'affaires est utilisée dès le 19e siècle par la Cour de Cassation. Alors compétente pour connaître des contrats des communes qui, après l'arrêt Terrier, auraient été considérées comme relevant de la juridiction administrative, elle fait bénéficier de la théorie de la gestion d'affaires une société d'enseignement qui avait continué à gérer le service de l'instruction primaire après l'expiration du traité la chargeant de cette mission (25).

De telles hypothèses ou hypothèses voisines n'étant pas rares (accomplissement de l'activité après la fin de l'habilitation, ou avant l'approbation définitive de l'habilitation, en dépassement de l'habilitation), le Conseil d'Etat avait donc la possibilité d'appliquer fréquemment la notion de gestion d'affaires. Il ne l'a pas fait, manifestant une très grande réticence à son endroit.

---

(21) E. Jouve, Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français, R.D.P. 1968, V. p. 296 s., les fonctionnaires de fait.

(22) L. Rolland, « Le fonctionnaire de fait est un personnage ou un groupe... », D.A., n° 148, p. 126. En fait, la notion n'a été appliquée, sauf erreur, qu'à des groupements de fait non personnalisés. C.E., 6 nov. 1953, Ville de Saint-Valéry sur Somme, R.D.P. 1954, 815.

(23) A. Mestre, Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif, Recueil de législation de Toulouse, 1913, p. 178.

(24) Mestre considérait que le gérant d'affaires n'est pas dépourvu de titre puisqu'il a celui de gérant d'affaires (op. cit., p. 210). Le plus souvent, il est vrai, la gestion d'affaires se transforme en mandat par approbation de la collectivité publique.

(25) Cass. Req., 12 déc. 1881, S. 1882.1.353, cité par B.C. Nicolaesco, Gestion d'affaires des intérêts privés par les services ou fonctionnaires publics, th. Paris, 1921, p. 39.

Une première raison, souvent mise en avant par la doctrine, est le souci de la protection des finances publiques (on sait que la gestion d'affaires entraîne, pour celui qui a géré, des effets favorables sur le plan financier) (26).
La réticence du juge administratif s'explique peut-être davantage par son hostilité à l'égard de l'intervention dans l'action administrative des personnes morales de droit privé dépourvues de titre juridique. Il n'est pas improbable que le Conseil d'Etat ait entendu décourager de telles interventions en adoptant une position restrictive sur le plan financier.

Le Conseil d'Etat préfère recourir à la notion d'enrichissement sans cause (27), notion qu'il ne retranspose d'ailleurs pas purement et simplement du droit privé en droit administratif (28).

Ces quatre théories construites ou admises par le juge administratif n'ont qu'une portée réduite. Déjà limitée en ce qui concerne les simples particuliers, elle l'est encore plus vis-à-vis des personnes morales. Les situations relevant de ces théories correspondent souvent à des habilitations irrégulières, « manquées » ou « périmées » qui n'attestent que davantage la nécessité d'une habilitation.
Une investiture préalable étant ainsi nécessaire, qui est compétent pour la donner ?

Section II

LA NECESSITE D'UNE HABILITATION PREALABLE PAR UNE PERSONNE PUBLIQUE

Les deux problèmes importants sont de savoir quelles sont les autorités compétentes pour accorder l'habilitation et quel est le contenu de leur compétence.

Sous-Section I. — *LES AUTORITES COMPETENTES POUR ACCORDER L'HABILITATION.*

Avant de montrer qu'il s'agit des personnes publiques à l'exclusion des personnes privées, il convient d'indiquer l'intérêt juridique de la détermination des auteurs de l'habilitation.

---

(26) V. une illustration intéressante de l'absence d'habilitation préalable et de sa sanction avec la théorie de la gestion de fait, dont « le défaut de titre légal » constitue l'un des trois éléments (J. Magnet, L'évolution des théories de gestion de fait, A.J.D.A. 1964, p. 469). Pour différentes applications de cette notion à l'intervention des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative, V. F.J. Fabre, op. cit., p. 225 et p. 251.

(27) F. Boudet, La théorie de l'enrichissement sans cause en droit administratif, A.J.D.A. 1959, p. 77.

(28) V. Concl. Heumann (Rec. 1961. 236) ; concl. Galmot, R.D.P. 1967. 159) ; concl. Fournier (A.J.D.A. 1967. 183). Cf. C.E., 18 juin 1920, Epoux Rigault, Rec. 596 : « Quasi-contrat relatif à l'exécution d'un service public ».

§ préliminaire. — L'INTERET JURIDIQUE DE LA DETERMINATION DES AUTORITES COMPETENTES POUR ACCORDER L'HABILITATION.

La détermination de l'autorité habilitatrice peut avoir une importance à la fois sur le plan contentieux et en l'absence de tout contentieux.

Sur le plan contentieux, il y a au minimum un double intérêt. L'un se situe sur le plan du contentieux de l'excès de pouvoir : des administrés ou des tiers peuvent avoir intérêt à contester la légalité d'une habilitation (29). Si l'autorité qui accorde celle-ci est incompétente, l'habilitation sera annulée ou déclarée illégale, et les prérogatives éventuellement conférées par cette habilitation tomberont par voie de conséquence (30). La détermination de l'autorité compétente permet également de connaître à quelles conditions de forme et de fond a été subordonné l'exercice de la compétence et d'obtenir, le cas échéant, l'annulation des habilitations illégales pour d'autres motifs que l'incompétence (31).

L'autre intérêt se situe sur le plan de la responsabilité : réparation des préjudices causés par une habilitation illégale ou mise en jeu éventuelle de la responsabilité de la personne publique habilitatrice pour l'activité dommageable de la personne privée habilitée (32).

Indépendamment de tout contentieux, il est nécessaire de déterminer l'autorité habilitatrice pour les cas où une réglementation est déclarée applicable seulement aux institutions ayant reçu telle habilitation de l'Etat ou seulement à celles ayant obtenu telle habilitation des collectivités locales.

---

(29) Contrôle de la légalité d'un arrêté du ministre des Finances habilitant le Crédit National à donner la garantie de l'Etat à des emprunts contractés par une société, lequel constitue, à l'égard des tiers, un acte administratif détachable des accords de droit privé qui ont pu intervenir entre l'Etat et la société (C.E., 24 nov. 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française, concl. Mosset, R.P.D.A., 1956, n° 42, p. 7-8 et 22).

(30) Un syndicat intercommunal ayant concédé à une société un réseau de distribution d'énergie électrique, alors qu'il était incompétent, ladite société n'a pu se voir régulièrement conférer des servitudes actives grevant les propriétés privées (C.E., 10 février 1933, Rouquet, Rec. 183).

(31) C.E., 6 juillet 1956, Giraud, Rec. 614, R.P.D.A. 1956, n° 289, p. 148 (contrôle de la légalité d'un arrêté habilitant un syndicat à exécuter pour le compte de l'administration des enquêtes de statistiques agricoles) ; C.E., 10 nov. 1962, Office contentieux d'information routière (contrôle de légalité d'une habilitation donnée au Comité National Routier), Rec. 1075 ; C.E., 17 févr. 1967, Ville de Cherbourg, Rec. 79 (Considérant relatif au moyen tiré de l'illégalité d'une convention passée entre la ville de Cherbourg et une société d'économie mixte).

Sur les conditions de légalité relatives à l'organisme habilité, C.E., 13 juillet 1967, Berger, p. 345 ; A.J.D.A. 1968. 116, note O. Dupeyroux.

V. aussi C.E., 30 juin 1954, Sté G. Lesieur, Rec. 398 (Recours en annulation contre une décision administrative confiant à une personne privée une mission de répartition).

(32) V. infra, p. 300 s.

§ 1. — COMPETENCE EXCLUSIVE DES PERSONNES PUBLIQUES.

En pratique, le problème de l'autorité compétente pour habiliter ne présente qu'exceptionnellement des difficultés. Si le droit positif ne donne à cette question aucune réponse générale, il détermine cas par cas l'autorité compétente. Les exemples cités plus haut (p. 52) indiquent toujours l'autorité compétente pour habiliter : les ministres (loi sur les R.O.P., ord. du 30 juin 1945, d. du 30 septembre 1953), le conseil municipal (loi sur mutualité maternelle). Lorsqu'une formule moins précise est utilisée : habilitation par les « pouvoirs publics » (Union nationale des associations familiales, U.N.A.F.), le législateur renvoie implicitement à l'autorité réglementaire le soin de déterminer l'autorité compétente.

De ces indications, il ressort que l'opération d'habilitation est le plus souvent dédoublée. Le législateur pose le principe de l'habilitation (33). Il opère une habilitation in abstracto en ce sens qu'elle vise le plus souvent non pas une institution nommément distinguée, mais toute une catégorie d'institutions. Cette habilitation in abstracto constitue le fondement légal des habilitations in concreto opérées par l'autorité administrative.

La méthode du cas par cas suivie par le législateur ne constitue pas en soi un obstacle à la détermination de principes généraux. Mais encore faut-il que la puissance publique ne pratique pas un empirisme total. Si telle n'est heureusement pas la situation, les pouvoirs publics ne s'inspirent pas pour autant d'une seule idée directrice.

La première directive, qui se dégage de l'ensemble des textes législatifs et réglementaires, est que la catégorie essentielle de personnes investies du pouvoir d'habilitation est constituée par les différentes collectivités publiques territoriales, le pouvoir d'habilitation étant réparti entre elles selon la nature de l'activité administrative confiée aux personnes privées (nationale, départementale, communale).

Ce système est conforme au principe de répartition des compétences au sein de l'ordre administratif, mais sa clarté est affectée par l'incertitude de la distinction des activités nationales, départementales et communales, qui ne cesse d'augmenter (34).

Le problème se complique lorsque, dans une matière déterminée, la compétence d'habitation peut relever de plusieurs collectivités publi-

---

(33) Cf. L. Rolland, D.A., 9e éd. 1947, n° 145, p. 123 ; J.M. Garrigou-Lagrange, op. cit., p. 185 s.

(34) V. Waline, D.A., 1963, n° 1299, p. 753 ; R.D.P. 1969, p. 185. Cf. avis du Conseil d'Etat du 5 juin 1962 (2e point), relatif aux marchés d'intérêt national, cité par M. de Villiers, Les marchés d'intérêt national, Paris, 1967, annexe 6, p. 369.

ques (35) ou être exercées pour le compte de deux collectivités différentes (36).

La deuxième directive est également conforme au droit commun de la répartition des compétences administratives : Lorsque la compétence d'habilitation est conférée aux organes d'une personne publique autre que l'Etat, celui-ci exige le plus souvent que l'habilitation donnée par les autorités administratives subordonnées soit soumise à son contrôle (approbation, ou utilisation d'un modèle d'habilitation conforme à un type fixé par l'autorité centrale) (37). L'habilitation des personnes morales de droit privé est ainsi toujours accordée par l'Etat ou soumise à son contrôle direct ou indirect.

Y a-t-il des personnes publiques autres que l'Etat et les collectivités territoriales qui soient compétentes pour habiliter ? La compétence d'habilitation, qui appartient notamment aux collectivités locales, est-elle attribuée aux groupements de ces collectivités ?
En droit positif, la réponse est affirmative : syndicats de communes, syndicats mixtes, districts urbains, communautés urbaines sont investis d'une compétence d'habilitation (38). Le cahier des charges-type approuvé par le décret n° 554 du 1er juin 1960 mentionne que le concédant peut être, outre le département et la commune, un syndicat de communes, un syndicat mixte, un district urbain. Une loi du 30 juillet 1947 vise les « services publics concédés ou affermés par toute collectivité départementale ou communale, tout groupement de ces collectivités, tout établissement en dépendant » (39).

---

(35) En matière de concession de gare routière publique de voyageurs, l'habilitation est normalement donnée par l'Etat, mais le ministre des transports peut renoncer à exercer ce pouvoir au profit du département ou de la commune sur le territoire desquels se trouve la gare (a. 4, ord. 24 oct. 1945).

(36) Dans le cadre de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie, le préfet peut accorder la concession, soit en tant qu'agent de l'Etat, soit en tant qu'agent du département.

V. d. 28 janv. 1927, substituant une commune à l'Etat dans les droits d'autorité concédante (J.O., p. 1541).

Le problème s'est posé au contentieux (C.E., 15 mars 1929, Bigourd, Rec. 328) : irresponsabilité de la commune, lorsque le maire, en confiant le service de répartition des charbons à une personne privée, a agi en qualité de représentant de l'Etat et pour assurer l'exécution d'un service public national).

(37) La plupart des habilitations données par une personne publique autre qeu l'Etat sont ainsi des actes complexes (Gesamtakt). Le Conseil d'Etat a dégagé les règles suivantes : l'habilitation n'est juridiquement obtenue qu'après approbation, la personne qui entreprend une activité avant approbation est considérée comme le faisant « à ses risques et périls » (Jurisprudence constante). Cf. supra, note (17).

Le pouvoir d'approbation ne comporte pas le pouvoir de modifier le contenu de l'habilitation (C.E., 2 mars 1928, Duvergier, Rec. 296).

(38) Le décret-loi du 30 octobre 1935 autorisant le groupement des collectivités publiques pour l'exploitation par voie de concession, de services publics, permettait aux syndicats mixtes d'être seulement concessionnaires et non autorité concédante. Deux textes ultérieurs leur offriront cette possibilité d'abord dans un domaine limité, puis sans limitation. V. Singer, L'intervention des collectivités locales en matière économique, Paris, Aframpe, 1956 et article 152 et suiv. du Code d'administration communale. V. Circulaire du 17 août 1964, relative aux règles applicables à la création, au fonctionnement et au contrôle des sociétés d'économie mixte (n° 39) ; circulaire 27 juillet 1964 relative aux syndicats de communes et syndicats mixtes (n° 8). Cf. art. 14 de la loi du 31 déc. 1966 relative aux communautés urbaines et d. n° 1046 du 30 nov. 1967 pris pour son application.

V. Monsarrat, Concessions des communes et des syndicats de communes, 2e éd. 1948, Publications administratives.

(39) Cf. Loi du 9 nov. 1940 visant les entreprises ayant obtenu une concession de l'Etat, des collectivités locales ou d'un établissement public.

Est-ce à dire que la compétence d'habilitation peut appartenir à des établissements publics autres que ceux susvisés ?
Certains établissements publics ont reçu un tel pouvoir (40).
Le pouvoir d'habilitation est reconnu parfois à toute une catégorie (Chambres de commerce), parfois à un établissement public déterminé (le Fonds d'organisation et de régularisation des marchés agricoles est désormais chargé de conclure, à la place de l'Etat, les conventions habilitant les sociétés professionnelles ou interprofessionnelles d'intervention à agir sur les marchés).
Si toutes les personnes de droit public sont susceptibles d'être investies d'un pouvoir d'habilitation, faut-il enfin reconnaître ce pouvoir à certaines personnes de droit privé ?

§ 2. — EXCLUSION DES PERSONNES PRIVEES.

L'exclusion des personnes privées des autorités ayant la faculté d'accorder l'habilitation paraît aller de soi, l'exigence d'une habilitation devant avoir logiquement pour corollaire l'habilitation par une personne publique.

Il y a pourtant des hypothèses dans lesquelles l'habilitation semble émaner d'une personne privée. Ainsi, dans le cas de cession de concession de service public, ou plus généralement lorsqu'une personne privée habilitée à intervenir danc l'action administrative n'exerce pas directement sa compétence, mais la subdélègue à une autre personne privée (41).

En fait, il n'en est rien ; le principe d'habilitation préalable par une personne publique n'est pas entamé. La cession de concession, pour être valable, doit être autorisée par la personne publique concédante. La personne privée habilitée ne peut transmettre l'habilitation (42) que si un texte le prévoit (43).

---

(40) Une chambre de commerce, à qui le département a concédé la construction et l'exploitation d'une gare routière publique, peut en confier l'exploitation à une société, qui doit être considérée comme concessionnaire de service public, T.A. Nancy, 19 déc. 1962, Société d'exploitation de la gare routière de Saint-Dié, Rec. 808.

Les fabriques au 19e siècle pouvaient exploiter le monopole du service des pompes funèbres en régie directe, en régie intéressée ou en affermage (V. R. Audema, Les régies municipales en France, th. Montpellier, 1924, p. 32).

Cf. L'Office National de la Navigation (th. L. Morice, Paris, 1945) et les deux « sociétés d'économie mixte » fermières.

Cf. la possibilité offerte au Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles de passer à l'échelon national des conventions avec des organismes privés en vue de l'exécution par ces organismes de certaines tâches qui lui sont confiées (a. 3 du décret n° 66.967 du 22 décembre 1966, J.O. 24, p. 11402).

(41) Cf. Les « conventions de gestion » passées par les sociétés d'économie mixte. V. Fabre, Morin, Serieyx, Les sociétés locales d'économie mixte et leur contrôle, Paris, Berger-Levrault, 1964, p. 61 s. Pour les conventions passées avec la S.C.E.T., V. F. d'Arcy, Structures administratives et urbanisation, La S.C.E.T., Berger-Levrault, 1968, p. 61 s.

(42) C.E., 15 juillet 1959, Société industrielle d'huilerie et Reggio, Rec. 449 (avant-dernier considérant) ; C.E., 26 octobre 1949, Ansar, Rec. 433.

(43) Légalité de la disposition d'un décret permettant à un centre technique industriel de confier à une société les opérations matérielles d'exécution de la mission qui lui incombe (perception de taxes parafiscales) : C.E.,

Le principe de l'habilitation préalable par une personne publique ainsi établi, le problème se pose de savoir quel est le contenu de la compétence d'habilitation des autorités administratives.

Sous-Section 2. — *LE CONTENU DE LA COMPETENCE D'HABILITATION.*

Deux questions distinctes mais liées se posent : Les personnes publiques ont-elles le choix entre l'action directe et l'habilitation d'une personne privée ? Ont-elles le choix de la personne à habiliter ?

§ 1. — LE PROBLEME DU CHOIX ENTRE L'ACTION DIRECTE ET L'HABILITATION.

D'un point de vue théorique, plusieurs solutions sont possibles : ou bien le choix est possible (habilitation permise), ou bien il ne l'est pas, soit que dans ce dernier cas la personne publique ait l'obligation d'agir directement sans pouvoir habiliter une personne de droit privé (habilitation interdite), soit qu'elle soit dans l'obligation d'habiliter sans pouvoir agir directement (habilitation imposée).

En droit positif, les diverses situations se répartissent dans ces trois catégories d'hypothèses.

A) Habilitation permise.

Des textes généraux ou particuliers laissent fréquemment aux personnes publiques le choix entre un mode d'action direct ou indirect (par personne privée habilitée) (44).

Le juge administratif se refuse à contrôler l'opportunité de ce choix (45). L'administration, qui dispose notamment de ce pouvoir

---

10 févr. 1967, S.A. des établissements Petitjean, A.J.D.A. 1967, p. 287, concl. Questiaux, Revue trimestrielle de droit européen, 1967, 681. V. T.A. Paris, 8 juillet 1959, Syndicat national des importateurs en produits laitiers, Rec. 823. Le juge administratif applique les règles en vigueur pour les relations entre autorités administratives : l'autorité déléguée ne saurait avoir plus de pouvoir que l'autorité déléguante et notamment échapper aux contrôles qui pèsent sur celle-ci (T.A. Paris, 27 juin 1961, Caisse d'allocations familiales de Lyon, Rec. 811, et en appel, C.E., 16 janv. 1963, Rec. 27).

(44) Pour les communes, depuis 1926, et en ce qui concerne la gestion des services industriels et commerciaux : article 47-12° du code de l'administration communale) ; V. aussi les articles 418 et 563. Les formules sont généralement les suivantes : la collectivité peut exploiter en régie ou par concession ou affermage... ; la collectivité peut exploiter directement ou par entreprise...

Le choix est aussi possible en matière de services publics obligatoires : divers textes obligent le département, soit à avoir tel établissement sanitaire, soit à traiter avec un établissement privé.

(45) « Le mode d'exploitation envisagé est sans influence sur la légalité de l'arrêté... » (C.E., 10 nov. 1965, Société du téléphérique du Mont-Dore, Rec. 599).

« L'appréciation de l'opportunité [d'un refus d'habilitation] n'est pas susceptible d'être discutée devant le Conseil d'Etat (C.E., 3 mai 1950, Caudrillier, Rec. 245).

au moment de l'institution du service, le détient également à la fin de la période pour laquelle la personne privée a été habilitée (46).

Elle n'est même pas liée par le choix qu'elle opère. Il lui appartient de mettre fin à l'habilitation avant l'expiration de la période pour laquelle celle-ci est accordée, à titre de sanction, mais également en l'absence de faute (47).

B) Habilitation interdite.

La situation normale pour les autorités administratives est d'exercer elles-mêmes les compétences qui leur sont dévolues. Aussi doit-on admettre qu'en absence de texte les y autorisant, elles ne peuvent déléguer leur compétence. L'habilitation interdite est donc la situation de droit commun, sauf texte contraire.

En pratique cette règle ne paraît pas toujours respectée. Le transfert d'attributions administratives à des personnes privées (« fictives » le plus souvent) ne s'opère pas toujours sur le fondement d'un texte (48).

Aussi note-t-on une tendance législative récente en réaction contre les démembrements de l'administration édictant explicitement l'interdiction pour les personnes administratives de recourir à des institutions privées (49).

Le juge administratif annule les habilitations intervenues à propos de services publics qui ne sont pas susceptibles d'être concédés (50).

C) Habilitation imposée.

L'histoire fournit un exemple relatif aux communes. La question s'est posée de savoir si dans le cadre de la loi municipale de 1884 (avant sa modification de 1926) les communes étaient tenues de confier à des personnes privées la gestion de leurs services à caractère industriel et commercial. Certains auteurs ont soutenu que, dans le silence de la loi, la régie était autorisée ; d'autres, s'appuyant sur les articles énumérant les recettes du budget qui prévoyaient seulement les produits des concessions (et non des régies), soutenaient que le législateur avait manifesté par là sa volonté d'imposer la concession. Il pouvait sembler logique que les communes puissent assurer directement les services publics qu'elles étaient autorisées à créer, d'autant plus que la loi n'imposait pas explicitement la concession. Tant dans

(46) C.E., 18 juillet 1936, Syndicat des contribuables d'Aix-en-Provence, Rec. 803 ; 27 mars 1935, Chenaud et Martin, Rec. 399 (A l'expiration d'une convention allouant une subvention pour le service des transports automobiles, il appartient au conseil général de décider que ces services seront désormais exploités en régie).

(47) Cf. infra, notes (151) et (152).

(48) C'est le cas notamment de certaines associations créées par les administrations centrales.

(49) Loi du 10 juillet 1964 (obligation de transformer les offices de tourisme créés sous forme d'association en établissement public). Loi 16 décembre 1964 relative à la lutte contre les moustiques (L'habilitation n'est prévue que pour les seuls services et « organismes de droit public »).

(50) V. infra, p. 103.

ses avis que dans ses décisions, le Conseil d'Etat ne l'a pas admis et a posé le principe de l'habilitation obligatoire d'un concessionnaire par les communes désirant créer un service industriel (51).

En droit positif, il arrive que le législateur confie l'exercice d'une compétence aux seules personnes privées. Dans ce cas, l'autorité administrative ne peut supprimer l'habilitation ou agir au lieu et place de la personne morale de droit privé (sauf si la loi l'a prévu, en cas de carence, faute grave, refus d'agir...). Le juge administratif veille à assurer le respect par l'administration de la compétence attribuée aux agents de l'intervention (52).

§ 2. — LE PROBLEME DU CHOIX DE L'INSTITUTION A HABILITER.

Ce problème ne se pose pas s'il existe, en droit et en fait (53), une seule personne susceptible d'être habilitée, ni s'il s'agit de personnes privées « fictives », puisque celles-ci sont directement créées par la puissance publique.

Il n'en est pas de même lorsque plusieurs institutions sont en « concurrence » et peuvent toutes prétendre être habilitées : plusieurs sociétés demandeurs en concession, plusieurs syndicats susceptibles d'assurer une fonction administrative confiée à ces institutions par les textes. Dans ces hypothèses, la compétence de l'administration est parfois discrétionnaire, parfois liée.

En matière de concession de service public, par exemple, les autorités administratives disposent d'un pouvoir discrétionnaire. La règle, pour être bien établie, n'en est pas moins peu connue étant donné le contentieux permanent auquel elle donne lieu. Le juge administratif rappelle chaque fois qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'assujettit les concessions de service public aux formalités de l'adjudication (54). Il ne lui appartient pas d'apprécier le choix opéré par l'administration (55).

---

(51) Jurisprudence particulièrement restrictive (et très nuancée) du Conseil d'Etat (« guidé par des motifs de prudence et d'opportunité plus que par des raisons d'ordre strictement juridique »).

Cf. l'interprétation par le Conseil d'Etat de la loi du 11 juin 1880 sur les chemins de fer d'intérêt local. E. Bouvier, L'exploitation collective de services publics. Les régies municipales, Paris, Douin, 1910, p. 245. L'appréciation des raisons du Conseil d'Etat est de Michoud, cité par Bouvier, p. 338.

Sur les assouplissements de cette jurisprudence lorsque les communes ne trouvaient aucun concessionnaire, V. J. Tétreau, Les entreprises économiques des communes. Etude sur les régies municipales, th. Paris, 1935, p. 35.

(52) Cf. note (146).

(53) En matière de concession du service des pompes funèbres, les communes n'ont qu'un choix théorique dans la mesure où la Société des pompes funèbres générales jouit d'un monopole à peu près absolu (Rapport de la Cour des Comptes 1955-1956, J.O., Doc. adm. 27 juin 1958, p. 466).

(54) A. de Laubadère, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, L.G.D.J., 1956, tome 1er, n° 328, p. 317.

Ch. Groleau, Mesure de la liberté des collectivités publiques quant au choix du mode de conclusion du contrat et quant au choix du co-contractant, th. Rennes, 1959, dactyl., p. 80 s.

(55) C.E., 29 janv. 1965, Société « Les Courriers automobiles Picards », A.J.D.A. 1965. 374.

En sens inverse, la compétence est liée chaque fois que le législateur accorde un monopole à une institution (56). L'autorité administrative ne pourrait ni refuser d'habiliter la personne désignée ni l'accorder à d'autres (57).
En matière de désignation d'organisations professionnelles ou syndicales les plus représentatives, divers textes et la jurisprudence ont lié le pouvoir de l'administration, ce qui permet au juge de se livrer à des appréciations de fait très poussées (58). Il annule les décisions refusant un caractère représentatif aux organisations qui remplissent les conditions légales, et inversement celles qui reconnaissent un caractère représentatif à des organisations ne les remplissant pas (59).

(56) R. Théry, L'octroi d'un monopole à une association, Dr. Soc., 1969, p. 421.
(57) C.E., 28 juillet 1951, Union française des anciens combattants, Rec. 451 ; il n'en va plus de même lorsque la loi abroge le monopole : C.E., 24 janv. 1958, Association des anciens combattants et victimes de la guerre du département d'Oran, Rec. 38.
(58) Odent, C.A., t. 2, p. 1262-1263.
(59) C.E., 27 mars 1968, Union syndicale des médecins de France, Rec. 210.

CHAPITRE II

LES DIFFERENTES CATEGORIES D'HABILITATION

Nombreuses sont les appellations (60) utilisées pour désigner le titre juridique permettant aux personnes privées d'intervenir dans l'action administrative : habilitation, délégation, agrément, concession, autorisation, mandat, affermage, régie intéressée, contrat, réquisition, lettre de mission.

Deux problèmes se posent. Le premier est de savoir si ces termes divers correspondent à des actes de nature juridique différente ou non. La réponse est qu'il y a deux grandes catégories d'habilitation, les unes de nature contractuelle, les autres de nature unilatérale.

L'autre interrogation porte sur le point de savoir si les autorités administratives peuvent indifféremment choisir entre les différentes habilitations. La réponse doit être nuancée.

Section I

HABILITATIONS CONTRACTUELLES ET HABILITATIONS UNILATERALES

L'étude du problème de la nature juridique de l'habilitation conduit aux trois constatations suivantes qu'il convient d'examiner avant de tenter de distinguer habilitations contractuelles et habilitations unilatérales :

— Importance théorique de distinguer entre habilitation contractuelle et habilitation unilatérale.

— Difficulté pratique de distinguer entre les deux.

— Importance pratique réduite de la distinction.

---

(60) Le texte le plus riche du point de vue des différents types d'habitation est l'ordonnance n° 45.2062 du 8 septembre 1945 visant « les biens... affectés à un service public exploité sous le régime de la régie intéressée, de la concession, de l'autorisation ou de la permission de voirie ».

D'un point de vue théorique, il est important de distinguer entre habilitation contractuelle et habilitation unilatérale (61). Toute habilitation s'analysant en un acte comportant des droits et des obligations, la situation juridique de la personne habilitée doit varier avec la nature juridique de l'habilitation (situation générale, ou individuelle ; modifiable par la seule volonté de l'autorité habilitatrice, ou après accord des volontés de celle-ci et de la personne habilitée).

Il n'est pas toujours aisé de déterminer en pratique quelle est la nature juridique de l'habilitation. La première difficulté est d'ordre terminologique. Certaines habilitations ayant la même appellation peuvent correspondre à des actes de nature soit unilatérale, soit contractuelle (l'agrément est le plus souvent un acte unilatéral, mais peut être également dans certains cas un contrat). Une seconde difficulté résulte de l'écart qui sépare souvent la forme et le fond de l'habilitation. Il n'est pas rare que la forme soit contractuelle et le fond réglementaire. L'habilitation de forme contractuelle déclenche l'application d'une situation non pas contractuelle, mais générale et impersonnelle (acte-condition contractuel). La pratique des contrats-types (62), notamment, rend uniforme et donc impersonnelle une situation contractuelle en la forme, mais dont le contenu est souvent défini unilatéralement. En certains cas enfin, la difficulté réside en ce qu'une habilitation de nature contractuelle (ex. : charte-partie et contrat de gérance) se greffe sur une habilitation de nature unilatérale (réquisition) (63).

Ces difficultés traduisent l'intérêt réduit de la distinction, dans le problème étudié, des habilitations selon leur nature. Cet intérêt est limité parce que, en ce domaine, toutes les conséquences théoriques de la distinction entre acte contractuel et acte unilatéral ne sont pas tirées.

La distinction, qui n'a pas en droit administratif la rigidité qu'elle connaît en droit privé, est affectée ici par le fait même de l'intervention (l'habilitation quelle que soit sa nature juridique peut être révoquée avant la fin du terme (64) ; cf. les controverses doctrinales anciennes sur la nature contractuelle ou unilatérale de l'acte de concession ; V. C.E., 28 mai 1965, Syndicat national des maisons de santé privées pour maladies nerveuses et mentales, Rec. 308 : « Les établissements qui... ont obtenu l'agrément administratif, ou qui ont passé une convention pour recevoir les bénéficiaires de l'aide sociale se trouvent placés... dans une situation réglementaire).

L'intérêt le plus évident de la distinction se situe sur le plan

---

(61) Il s'agit de l'habilitation in concreto ; l'habilitation in abstracto est toujours unilatérale.

(62) V. P. Rongère, Le procédé de l'acte-type, Préface de J. Rivero, L.G.D.J., 1966, p. 285 s.

(63) M. Bussière, Réquisitions militaires françaises de navire pendant la seconde guerre mondiale. De la réquisition au contrat conclu sous réquisition, th. Aix, 1956.

(64) Cf. infra, notes (151) et (152).

financier, la situation de la personne habilitée étant mieux protégée par une situation contractuelle qu'unilatérale (65).

Même limitées, les conséquences découlant de la distinction entre habilitations contractuelles et habilitations unilatérales n'en existent pas moins et justifient une tentative en vue de les opposer.

§ 1. — HABILITATIONS CONTRACTUELLES.

Il n'y a pas un seul, mais plusieurs types d'habilitations contractuelles, qui constituent autant de modalités d'intervention des personnes privées dans l'action administrative : concession de travaux publics, concession de service public, affermage, régie intéressée, mandat, contrat innomé.

Bien que certaines soient fort proches l'une de l'autre, d'autres présentent, en plus de l'élément commun qui est l'accord entre la personne habilitatrice et la personne habilitée, des caractéristiques particulières susceptibles de les faire considérer comme des catégories juridiques autonomes.

Il y a en droit positif un intérêt à les distinguer qui ne se situe plus comme jadis sur le plan de la répartition des compétences (à l'intérieur de la juridiction administrative, cf. l'époque où le Conseil d'Etat était compétent en premier et dernier ressort en matière de concession de service public, seulement en appel en ce qui concernait les concessions de travaux publics), mais sur le plan du régime juridique applicable.

La distinction entre concession de service public et mandat produit des conséquences juridiques a deux points de vue au moins : qualification juridique des contrats (66) et responsabilité (67).
En ce dernier domaine, il est nécessaire d'opposer concession de travaux publics et marché d'entreprise de travail public (68). De même, le juge administratif tire de la situation de mandataire des conséquences juridiques différentes de celles d'entrepreneur de travaux publics (69). Le Conseil d'Etat a jugé que telle décision administrative était contraire au régime de la régie intéressée (70). Il importe donc de savoir ce qu'est la régie intéressée. Selon une

---

(65) V. T.A. Paris, 2 août 1963, S.N.C.F., Rec. 756 (La S.N.C.F. est admise « à contester la mise à sa charge d'une obligation à laquelle elle n'est pas contractuellement tenue »).

V. C.E., 7 nov. 1947, Legrand, Rec. 414 (« ... les commerçants... dont la candidature a été agréée [pour la gestion des recettes postales auxiliaires, qui ne fait pas l'objet d'une convention assimilable à un contrat de concession de service public], reçoivent seulement l'agrément de l'administration... ; que les conditions de rémunération des gérants sont fixés par voie d'autorité ; qu'ainsi les bénéficiaires... se trouvent dans une situation réglementaire ; que [le requérant] n'est pas fondé à soutenir que l'administration a méconnu de prétendues obligations contractuelles et que la responsabilité de l'Etat est engagée... ».

(66) V. infra, p. 187 s.

(67) V. infra, p. 311.

(68) V. infra, p. 308 et p. 312 s.

(69) C.E., 22 juillet 1933, Degaud, Rec. 852.

(70) C.E., 10 mars 1950, Département de la Seine, D. 1950, p. 454, note de Soto.

jurisprudence constante, les pouvoirs du juge administratif à l'égard des décisions prises par le maître d'œuvre envers l'entrepreneur ne sont pas les mêmes que ceux qu'il détient à l'encontre des décisions prises par une collectivité publique vis-à-vis d'un concessionnaire (71).

En dehors de tout contentieux, lorsqu'une réglementation vise par exemple les services concédés, doit-elle s'appliquer également aux services affermés et aux services en régie intéressée ? (72).

Il n'est ainsi pas sans intérêt de caractériser ces différentes habilitations en retenant d'abord la concession de travaux publics, la concession de service public, l'affermage et la régie intéressée, le mandat ensuite, les autres habilitations contractuelles pour terminer.

A) Concession de travaux publics, concession de service public, affermage, régie intéressée.

Il s'agit moins d'étudier en soi ces différentes habilitations que d'essayer de préciser leurs relations, en les groupant en deux : concession de travaux publics et concession de service public d'une part, concession de service public, affermage, régie intéressée d'autre part.

1° *Concession de travaux publics et concession de service public.*

Les trois types de situations possibles sont aujourd'hui bien distinguées (73) :

Concession de travaux publics et concession de service public peuvent tout d'abord être jumelées. C'est la situation historiquement la plus fréquente. On sait que la concession de travaux publics est un contrat par lequel l'administration charge une personne privée de construire un ouvrage public, et en contrepartie l'autorise à l'exploiter à son profit pendant une période de temps nécessaire pour rémunérer et amortir les capitaux investis. Pendant la construction de l'ouvrage, il s'agit d'une concession de travaux publics ; l'ouvrage construit étant souvent le support d'un service public, son exploitation devient une concession de service public. Pendant tout le dix-neuvième siècle, l'aspect construction de l'ouvrage (concession de travaux publics) l'a emporté sur l'aspect exploitation (concession de service public) jusqu'à l'absorber complètement. Hauriou, à une époque où il est pourtant favorable à l'idée de service public, considère par exemple que « la fourniture de gaz est l'accessoire, le principal, la canalisation » (74). La première note d'arrêt dans laquelle il renverse sa

---

(71) Concl. Laurent sur C.E., 9 janv. 1957, Daval, A.J.D.A. 1957.2.9.

(72) Ou bien lorsqu'un texte vise les régies, doit-il s'appliquer aux seules régies directes ou aussi aux régies intéressées ?

V. A.B.-V, Le régime des entreprises électriques, gazières et minières non nationalisées ou partiellement nationalisées, A.J. Travaux, 1950, 467.

(73) A. Blondeau, La concession de service public. Etude d'histoire du droit administratif, th. Grenoble, 1929, p. 104 s.

J. Dufau, Les concessions de service public, Juriscl. adm. fasc. 530. G. Liet-Veaux, Identification de la concession de service public, R.A. 1968, 715. Cathelineau, article cité note (78).

(74) Note sous C.E., 26 déc. 1891, Ville de Saint-Etienne et Ville de Montluçon, S. 1894.III, p. 2 (Notes d'arrêts, t. III, p. 532).

position date seulement de 1904 : « Le véritable nom des concessions qui nous occupent est concession de service public... Les concessions de services publics n'en sont pas moins des concessions de travaux publics, mais c'est un aspect accessoire qui n'intéresse que la compétence » (75) et pendant longtemps la préoccupation exclusive de la compétence a caché le fond du droit (76). Au vingtième siècle la situation est inversée ; l'aspect concession de service public prédomine. On parle plutôt de concession de service public.

La deuxième hypothèse dégagée dans la décision époux de Sigalas (77) tend à se développer aujourd'hui, c'est la concession de travaux publics sans service public. Les travaux, une fois terminés, ne font pas l'objet d'un service public (78).

La troisième situation est celle de la concession de service public sans concession de travaux publics (79). Hauriou l'avait analysé dès 1904, dans la note citée plus haut : « Les concessions de service public ne sont pas nécessairement des marchés de travaux publics, puisqu'il en est qui se font par marchés de fournitures, témoin les concessions de transports maritimes » (80). En législation, l'expression paraît être utilisée pour la première fois dans l'article 3 du décret du 31 mai 1910 sur la réorganisation du Conseil d'Etat (marchés portant concession de travaux publics ou de services publics). En jurisprudence, bien que Reverchon ait proposé de distinguer dès 1854 entre les baux proprement dits et les baux qui ne sont que des « concessions portant sur un service public » (81), c'est dans les conclusions du commissaire du gouvernement Pichat, semble-t-il, qu'apparaît l'expression concession de service public (82). Mais il faut attendre M. Chardenet pour en avoir la première définition « en forme ». La concession de service public est définie, « le contrat qui charge un particulier ou une société... d'assurer un service public à ses frais avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers... ou ceux qui bénéficient du service public » (83).

Si ainsi toutes les concessions de service public ne sont pas en même temps des concessions de travaux publics, de même toutes les concessions de travaux publics ne sont pas des concessions de service public. Dans le cas où les deux coexistent, il convient de parler, si

(75) Note sous C.E., 14 février 1902, Blanleuil et Vernaudon, S. 1904.III.81 (Notes d'arrêts, t. III, p. 440).
(76) Id.
(77) C.E., 22 juin 1928, S. 1928.III.113, concl. Josse, note Hauriou.
(78) Waline, D.A. 1963, n° 967, p. 576 ; de Laubadère, D.A. tome II, n° 531 s., p. 273 ; J. Cathelineau, Diversité et particularisme des concessions de travaux publics, C.J.E.G. 1968, p. 27 s. et 53 s.
(79) Waline, D.A. 1963, n° 969, p. 577.
(80) Cf. note (75).
(81) Concl. sur C.E., 8 avr. 1852, Istria, Rec. 82.
(82) C.E., 4 mars 1910, Thérond, S. 1911, 3, p. 18.
(83) C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. 125, concl. Chardenet (p. 128).

l'on est soucieux de précision, de concession de travaux publics et de service public (84).

En tout état de cause la portée juridique de la distinction concession de service public et concession de travaux publics est très limitée (85).

2° *Concession de service public, affermage, régie intéressée* (86).

Les rapports entre ces trois notions sont moins bien précisés.

On oppose parfois la concession de service public (contrat ayant pour objet l'exploitation d'un service public aux risques et périls d'un concessionnaire rémunéré par des sommes perçues sur les usagers, selon la définition généralement retenue en doctrine) et l'affermage, en disant que dans la concession, la personne qui gère le service construit les ouvrages nécessaires à l'exploitation, alors que dans le cas d'affermage les ouvrages ont déjà été construits, soit par un précédent concessionnaire, soit par la collectivité elle-même (87). Selon cette définition l'affermage est un contrat par lequel une collectivité publique charge une personne privée de l'exploitation d'un service public en état de marche. Ces indications sont conformes à ce qui résulte de la lecture comparée d'un cahier des charges-types de concession et d'un cahier des charges-types d'affermage d'un même service public (88).

Si telle est bien la seule différence entre les deux notions, on peut se demander quelle est la différence entre une concession de service public pure et simple (fonctionnant sans construction préalable d'un

---

(84) Concession de travail public « liée » à une concession de service public, concession de service public « jumelée » avec une concession de travaux publics ou concession de travaux publics « prolongée » par une concession de service public (cf. Braibant, concl. sur C.E., 23 janv. 1959, Commune d'Huez, A.J.D.A. 1959.2.65).

(85) Cf. de Laubadère : « Il ne semble pas que [la concession de travail public] fasse l'objet, jusqu'ici tout au moins, d'une théorie juridique ayant son autonomie... », D.A. tome II, p. 274, n° 525. Sur l'intérêt qui subsiste — en matière procédurale — de distinguer « la concession de service public pure » et « la concession jumelée de service public et de travaux publics », V. Waline, D.A. 1963, n° 1173, p. 698.

M. Cathelineau soutient l'idée de spécificité du régime juridique de la concession de travaux publics par rapport à celui de la concession de service public, mais celle-ci est somme toute très réduite (op. cit., note 78, p. 65 s.).

(86) 381 concessions et affermages ont été « appréhendés » en 1965 au lieu de 212 en 1964, dont 257 pour le service de distribution d'eau au lieu de 152 en 1964 (Statistiques des comptes des départements, des communes et des établissements publics locaux pour l'exercice 1965, Ministère des Finances et des Affaires économiques, Direction de la Comptabilité publique, Imprimerie des Journaux Officiels, p. 153).

(87) Waline, D.A. 1963, n° 968, p. 577 ; Gondran, Quelques remarques à propos des marchés d'intérêt national, R.A., 1962, 258.

(88) Cf. Cahiers des charges relatifs aux gares routières publiques de voyageurs, d. 16 mars 1948 et d. 28 novembre 1953 (J.O., 19 mars, p. 2270, et 6 déc., p. 10886), et ceux visant les distributions publiques d'eau potable (d. 13 août 1947, J.O. 21 août, p. 8250, et d. 6 juillet 1951, J.O. 8 juillet, p. 7244).

En matière de gare routière, l'objet du contrat de concession est l'établissement, l'exploitation et l'entretien, celui du contrat d'affermage, uniquement l'exploitation et l'entretien. En matière de distribution publique d'eau potable, la concession concerne le captage, l'adduction, le traitement et la distribution, l'affermage simplement l'exploitation d'un service de distribution déjà installé ou que la commune se charge de construire.

ouvrage public) et l'affermage, qui ne comporte pas non plus une construction préalable de l'ouvrage. En fait, les définitions susvisées paraissent plutôt opposer la concession de travaux publics et de service public à l'affermage, que celui-ci à la pure concession de service public. Rien ne distingue en effet l'affermage ainsi défini de la concession de service public consistant dans l'exploitation d'un ouvrage qui n'a pas été construit par le titulaire de la concession (89).

Pour caractériser l'affermage par rapport à la concession de service public proprement dite, il faut prendre en considération le mode de rémunération. Dans les deux cas, celle-ci provient des sommes versées par les usagers. Mais alors que le concessionnaire garde pour lui toutes les sommes perçues, le fermier prélève sur ces sommes une redevance forfaitaire qu'il paie à la collectivité affermante en contrepartie de la remise du service, sa rémunération consistant en la différence entre la somme recueillie et celle versée à la personne publique (90).

La régie intéressée, qui est une notion plus ancienne et moins rare qu'on ne le croit généralement, a un contenu assez bien précisé (91). Ici encore, c'est le mode de rémunération qui est pris en considération pour l'opposer à la concession de service public. Le régisseur intéressé ne court aucun risque financier à la différence du concessionnaire de service public. M. Bonte la définit comme un contrat qui assure au régisseur un minimum de rémunération pour son activité personnelle et les capitaux qu'il apporte, et détermine un maximum, car le régisseur, soustrait aux risques habituels, ne peut prétendre à des chances de gain sans limite. Entre ce minimum et ce maximum, la rémunération varie avec les résultats de gestion de telle sorte qu'il ait intérêt à la gérer le mieux possible (92).

---

(89) M. Monsarrat indique que l'expression affermage est souvent utilisée comme « synonyme de concession de service public par opposition à concession de travaux publics », Concessions des communes et des syndicats des communes, 2e éd., p. 4, note 2.

(90) Le décret du 17 mai 1809 relatif aux octrois municipaux et de bienfaisance définit la ferme : Adjudication pure et simple des produits d'un octroi, moyennant un prix convenu, sans partage des bénéfices et sans allocation de frais, et l'oppose à la régie intéressée où il y a partage des bénéfices (B.L. 239, n° 4447).

V. Cahier des charges annexé à la loi du 2 août 1872 « affermant » le monopole de fabrication et de vente des allumettes, moyennant une redevance fixe de 16 millions par an, plus des redevances proportionnelles si la consommation dépasse 40 milliards (Blanche, Dictionnaire général d'administration, P. Dupont, 1884, p. 45).

Sur l'affermage ainsi défini, V. Bouvier, op. cit., p. 5. M. Félix, L'activité économique de la commune, Sirey, 1932, tome II, p. 16 ; Monsarrat, op. cit. (98), p. 147 et 148 ; Godchot, op. cit., p. 29.

Le fermier, qui n'a pas la charge des frais de premier établissement, aurait une rémunération trop élevée s'il gardait pour lui toutes les sommes versées par les usagers. Dans la pratique, l'affermage a souvent été pratiqué après un rachat (V. Loi 27 mars 1923, J.O., 29 ; d. 28 janv. 1927, J.O., 5 févr.).

(91) Waline, La notion de régie intéressée, R.D.P. 1948. 337 ; de Soto, Cf. supra, note (70).

Il est plus exact de présenter la régie intéressée comme une variante de la concession que comme une modalité de la régie directe.

(92) F. Bonte, Des régies intéressées de la Ville de Paris et du département de la Seine, th. Lille, 1930, p. 19.

V. J. Champetier de Ribes, Régimes comparés de la concession, de la régie intéressée et de la régie directe pour l'exploitation des transports en commun de la région parisienne, th. Paris, 1923.

La différence entre l'affermage et la régie intéressée réside en ce que le fermier n'a pas une rémunération minimum garantie. Le montant de sa rémunération est incertain, alors que le régisseur intéressé est fixé entre un minimum et un maximum. Dans la mesure où le fermier ne court en pratique aucun risque, la différence entre les deux ne tient que dans le mode de calcul de la rémunération.

Ceci précisé, une petite divergence oppose les deux auteurs qui se sont le plus attentivement penchés sur la régie intéressée. Elle porte sur la question de savoir si le régisseur intéressé « participe éventuellement aux pertes ».

M. de Soto a nuancé l'analyse de M. Waline en précisant que l'exploitation en régie intéressée comporte « une participation de l'exploitant aux résultats financiers de l'exploitation, éventuellement même aux pertes, mais alors dans une mesure limitée » (93). La nuance apportée par M. de Soto à la présentation de M. Waline est exacte et conforme à d'autres textes que ceux qui régissaient la S.T.C.R.P. (94). L'expression participation du régisseur intéressé aux résultats financiers et même aux pertes signifie simplement que la rémunération du régisseur intéressé pourra être diminuée, mais non qu'il sera privé de sa rémunération, puisqu'il est acquis qu'il ne court aucun risque.

Il résulte de ce qui précède que la concession de service public exclut la situation dans laquelle se trouve un « concessionnaire » qui doit construire l'ouvrage public dont l'exploitation constitue un service public (dans ce cas il s'agit d'une concession de travaux publics et de service public) ; elle exclut également la situation dans laquelle se trouve un « concessionnaire » qui n'exploite pas à ses risques et périls (régie intéressée).

La concession de service public stricto sensu ne peut être que l'exploitation d'un service ne supposant pas la construction d'un ouvrage public préalable (différence avec la construction de travaux publics et de service public, et avec l'affermage) effectuée aux risques et périls du concessionnaire (différence avec la régie intéressée).

Les quatre notions de contrat de concession de travaux publics, contrat de concession de service public, contrat d'affermage et de contrat de régie intéressée sont logiquement compatibles.

Mais ce qui est logique n'est pas nécessairement conforme à la réalité. Celle-ci conduit à constater qu'en pratique, il est une de ces notions que l'on rencontre rarement. C'est paradoxalement celle qui

---

(93) Note citée (70), p. 456.

(94) V. d. 28 janvier 1927 (J.O., 5 févr., p. 1551), a. 9 : Si en fin d'exercice il y a insuffisance du compte d'exploitation, celle-ci est supportée par moitié par la ville et la compagnie (pour celle-ci jusqu'à concurrence d'un maximum fixé à 50 % du montant pour le même exercice de la prime d'intéressement...).

Il y a, à la fois l'idée de participation aux pertes et celle de limitation de celle-ci.

Cf. C.E., 13 mai 1914, Département des Côtes-du-ord, Rec. 585 (Clause d'un contrat de régie intéressée stipulant que si la dépense réelle dépasse la dépense prévue de 30 %, l'entrepreneur sera frappé d'une « amende » égale au dixième de cet excédent).

correspond à l'expression la plus utilisée et qui est la plus étudiée : la concession de service public définie comme une exploitation aux risques et périls. La plupart des conventions considérées comme concession de service public ne le sont pas en réalité, parce que l'exploitation ne se fait pas aux risques et périls du concessionnaire.

C'est ce que constatait d'ailleurs le commissaire du gouvernement Chardenet. Sa définition de la concession de service public qui se borne à synthétiser la pratique, comporte très justement un élément souvent négligé par les auteurs et qui en modifie la conception : c'est l'élément « avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt ». L'idée de risque était absente et il n'y avait que l'idée de frais. Par l'effet des clauses de subvention et des garanties d'intérêt, « les risques et périls » sont réduits, sinon supprimés (95).

Pour prendre conscience du caractère vague des notions étudiées, il suffit de lire avec attention les conclusions de M. Chardenet : dans une espèce consacrant la théorie de l'imprévision (donc l'idée de limitation des risques), il donne comme définition de la concession de service public une définition qui n'est pas très éloignée de celle de la régie intéressée à propos d'une affaire où il y a en fait affermage (96), alors que la compagnie exploitante est qualifiée de concessionnaire.

---

(95) Dès 1884, le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt constate que la collectivité publique est « quasi associée » avec son cocontractant, concl. sur C.E., 5 avr. 1884, Compagnie parisienne du Gaz, Rec. 288.

La plupart des cahiers des charges, intervenus au XIX[e] et au début du XX[e] siècle non seulement en matière de concession de chemin de fer mais aussi de concession d'eau, de gaz, comportent des clauses de garantie ou de subvention, ou les deux à la fois, avec en contrepartie une clause de partage des bénéfices entre l'administration et le cocontractant, qui ont d'ailleurs donné lieu à un contentieux très abondant.

Sur le caractère de régie intéressée des « concessions », V. Hauriou, notes sur C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, et 3 août 1917, Compagnie des Messageries maritimes, Notes d'arrêts, tome III, p. 578 et 614 (S. 1916.3.17 et S. 1917.3,33) ([le système de la concession de service public] est déjà mort ou bien malade, p. 622). Cf. P. Lampué, Les rapports entre l'Etat français et les compagnies de transports publics aériens, th. Paris, 1927, p. 86.

Même évolution en ce qui concerne les chemins de fer « concédés », notamment sous l'empire de la loi du 29 octobre 1921 (qui deviennent selon Berthélemy des « régies désintéressées », D.A., p. 784) et pour les compagnies de navigation pour l'exploitation des services maritimes d'intérêt général.

Dans tous ces cas, les risques ont été supportés, non par le « concessionnaire », mais par l'Etat ou les communes (L'Etat supporte le déficit moyennant le droit à une part du bénéfice éventuel).

La lecture du cahier des charges pour le canal de Bourgogne (annexé à la loi du 14 août 1822, B.L., p. 243) indique (a. 13) que la compagnie agit à ses « risques et périls ». D'autres articles (2, 7, 9) précisent que le gouvernement prend l'engagement de suppléer au déficit résultant de la construction ou de l'exploitation du canal avec en contrepartie, « lorsque la compagnie se trouvera complètement remboursée de ses avances », une clause de partage annuel des bénéfices entre le gouvernement et la compagnie pendant 40 ans, au terme desquels « le gouvernement rentrera dans la pleine jouissance de tous les produits du canal et de ses dépendances ». On peut se demander où sont « les risques et périls ».

(96) La compagnie du gaz de Bordeaux, bien qu'étant qualifiée de concessionnaire est en réalité fermière, car chargée de l'exploitation d'un service public en état de marche contre le paiement d'une redevance de 400.000 francs par an (à laquelle s'ajoutent des redevances variables) à titre de « location » de toute l'installation.

Cette terminologie flottante dans la pratique administrative (97) et le faible souci de la doctrine (98) et du juge (99) de distinguer entre ces différentes formes d'habilitation sont l'indication du peu de portée juridique de la distinction.

Sans influence sur la situation des usagers du service public vis-à-vis de l'exploitant de celui-ci ou de la collectivité « concédante », son incidence se limite aux rapports financiers entre celle-ci et l'exploitant du service.

Ces quatre habilitations contractuelles sont sans équivalent en droit privé (100). Mais celui-ci connaît d'autres types d'habilitations contractuelles. Les rencontre-t-on en droit administratif ?

B) Le mandat.

La notion de mandat est susceptible de jouer en droit administratif dans différentes hypothèses dont certaines ne correspondent pas à un phénomène d'intervention des personnes privées dans l'action administrative et sont donc à écarter (mandat conclu entre deux personnes publiques, ou personne publique mandataire d'une personne privée) (101). Seul est à retenir le cas dans lequel une personne privée agit comme mandataire d'une personne publique (102).

Les questions générales se posent dans les mêmes termes quel que soit le type de mandat.

La définition du mandat en droit administratif n'a pas été affectée par sa transposition du droit privé en droit administratif. Comme en droit civil, le mandat est un acte de nature contractuelle par lequel une personne publique (mandante) donne à une personne privée (mandataire) le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le mandat n'a jamais fait l'objet en droit administratif d'une définition légale, mais il ne semble pas que l'autorité législative (103), réglementaire (104) ou juridiction-

---

(97) Cf. note (89) : Affermage souvent utilisé comme synonyme de concession. Le décret du 25 déc. 1920 (J.O., 31) indique que le service des transports parisiens est exploité « en régie intéressée par affermage » ; Cf. H. Berthélemy, D.A., p. 231, note 1.

(98) Le commissaire du gouvernement Grévisse (concl. sur C.E., 19 oct. 1955, Bergeon, Rec. 487) affirme que la distinction concession, régie intéressée relève plus de la doctrine que du droit positif. M. Bénoit (D.A., p. 821, note 1) distingue « sur le plan des idées », concession, affermage et régie intéressée, mais note que dans la pratique, « étant donné la liberté contractuelle, on passe insensiblement de l'une de ces formes à l'autre ».

Tous les auteurs ne distinguent pas régie intéressée et affermage ; certains les considèrent comme synonymes.

(99) L'arrêt Département de la Seine, cf. supra note (70), fait figure d'exception.

(100) Dans la suite de ces développements, l'expression concession de service public sera seule utilisée comme terme générique et sans comporter nécessairement l'idée de risques et périls.

(101) V. d. 12 juillet 1967 (J.O., 16, p. 7121).

(102) Et le cas d'une personne privée agissant comme mandataire d'une personne privée intervenant dans l'action administrative. Cf. C.E., 8 janv., Lafon, A.J.D.A. 1960.2.183, note Gardies.

(103) Loi du 3 août 1917 (reconstitution agricole), loi du 6 août 1917 (reconstitution industrielle) ; loi du 16 juin 1948 (sociétés coopératives de reconstruction).

(104) D. 19 mai 1959, a. 18.

nelle (105) ait entendu consacrer une notion différente de celle du droit civil (106).

La nature juridique du contrat de mandat ne peut être qu'administrative en ce qu'il fait participer le cocontractant à l'exercice même de l'action administrative (107).

Les conséquences fondamentales qui sont déduites de l'existence d'un mandat par le juge administratif sont les mêmes que celles tirées par le juge judiciaire (108) et ce, tant en ce qui concerne la qualification des actes juridiques pris dans l'exécution du mandat (109) que le problème de la responsabilité encourue par le mandataire (à l'égard des tiers ou du mandat) (110).

L'imputation des actes juridiques et des faits dommageables du mandataire à la personne publique mandante oppose d'ailleurs le mandat aux habilitations contractuelles du type concession de service public (et ses variantes), qui ne produisent pas ces mêmes conséquences, et à d'autres habilitations contractuelles dont certaines sont innomées.

C) Les autres habilitations contractuelles.

De nombreuses interventions de personnes privées dans l'action administrative sont faites sur le fondement d'habilitations qui — tout en étant de nature contractuelle — ne rentrent dans aucune des

---

(105) Les formules que le juge administratif utilise pour caractériser les situations de représentation comparable au mandat en droit civil sont variables :

— « pour le compte de » (C.E., 7 janv. 1927, Triller, R.D.P. 1927, concl. Rivet, note Jèze, S. 1927.3.22, note Hauriou, D. 1927.3.51, note P.L.J. ; C.E., 30 janv. 1931, Société Brossette, Rec. 123) ;

— « pour le compte de et au nom de » (C.E., 2 févr. 1940, Ministre de l'Education Nationale, Rec. 44) ;

— « mandataire » ou « en qualité de mandataire » (T.A. Caen, 21 juillet 1959, Commune de Condé-sur-Noireau, Rec. 839 ; C.E., 24 févr. 1954, Secrétaire d'Etat à la production industrielle, A.J.D.A. 1954.2.189, note Pinto ; Lafon, cité note (102) ; 6 janv. 1967, Berthot, Rec. 3) ;

— « par mandat et pour le compte de » (C.E., 2 juin 1961, Leduc, A.J., 1961, 345, concl. Braibant ; 16 févr. 1966, Rec. 113 ; 14 oct. 1966, Ville de Montdidier, Rec. 549).

(106) Sur la conception particulièrement extensive de certains auteurs, V. infra, p. 194, note (32).

(107) Contrairement aux prétentions d'une société qui soutient que le mandat qui a été donné par la Ville de Paris est un contrat de droit privé, la Cour de Cassation estime qu'il s'agit d'un contrat administratif (Cass. civ., 29 févr. 1956, R.A. 1956, 495, note Liet-Veaux).

Ne pas confondre la question de la nature du contrat de mandat avec celle de la nature juridique des contrats pris par la personne privée en exécution de la convention de mandat. Ceux-ci ne sont administratifs que tout autant que l'eussent été de mêmes actes émanés d'une personne publique, c'est-à-dire s'ils répondent aux critères du contrat administratif. Cf. infra, p. 187.

(108) Ce qui ne veut pas dire que le régime juridique du mandat soit identique en droit administratif et en droit privé. Si le droit commun du mandat est souvent appliqué (Cf. Loi 8 août 1917, a. 9 ; C.E., 24 févr. 1954, Secrétaire d'Etat à la Production industrielle, Rec. 125 ; Rapport de la Cour des Comptes de l'année 1965, J.O., 1967, p. 182-183), sur certains points les règles peuvent être différentes. (La règle de la révocabilité ad nutum n'est pas toujours appliquée ; Cf. Cour des comptes rapport susvisé, p. 86 : mandat ne pouvant, aux termes d'une convention, être révoqué avant la réception définitive de la totalité des travaux).

(109) V. infra, p. 193.

(110) V. infra, p. 288 et p. 311.

catégories ci-dessus étudiées. L'intitulé même laisse prévoir qu'il ne s'agit pas d'une catégorie groupant des habilitations homogènes, ayant en commun de nombreux éléments positifs. Il serait inexact de penser que le seul élément commun est un élément négatif résultant de l'impossibilité de les classer dans les catégories précédentes.

Il s'agit certes d'une catégorie résiduelle, mais d'une catégorie juridique. Les diverses habilitations qui la constituent présentent cette caractéristique commune de confier à la personne habilitée l'exécution directe et immédiate de l'objet même du service public, et en conséquence d'être des contrats administratifs.

Il peut s'agir d'un marché de fourniture (111) ou de transport (112) dans la mesure où le cocontractant n'est pas simplement associé à l'exécution du service, mais se voit confier l'exécution de l'objet même de celui-ci. S'agissant par exemple d'un contrat de transport, l'habilitation peut prendre la forme d'un type de contrat connu (charte partie et contrat de gérance) (113).
Le plus souvent il s'agira de contrats « innomés » (114). Dans la première moitié du vingtième siècle et avant, le Conseil d'Etat utilisait volontiers l'expression « entreprise de service public », qu'il remplace ensuite par celle de « mission de service public ».

Le passage d'une catégorie à l'autre se fait en raison de la présence ou de l'absence de tel élément, par exemple l'élément financier. Le contrat par lequel une commune charge une société de ramasser les ordures ménagères est une concession de service public ou simplement un marché de service public selon que le cocontractant est ou non rémunéré par une redevance payée par les usagers ou par la commune (115). (Cf. également la distinction entre concession de travaux publics et le marché de travaux publics).

Dans tous les secteurs de l'action administrative se développent ces habilitations contractuelles (116) dont on ne peut dire qu'elles sont des concessions de service public, mais qui chargent la personne

---

(111) C.E., 9 janv. 1957, Daval, A.J.D.A. 1957.2.9, concl. Laurent.

(112) T.C., 6 nov. 1967, Compagnie Fabre, Rec. 423, J.C.P. 1968.2.15495 bis, concl. Gégout.

(113) Aix, 4 déc. 1945, Compagnie générale transatlantique c. Tournel, S. 1946.2.129, note Rivero.

(114) V.L. Favoreu, Un contrat administratif d'un type nouveau ? Les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.E., A.J. 1965. 443 (dans la mesure où elles sont conclues avec des personnes morales de droit privé, p. 456, note 107).

(115) C.E., 11 déc. 1963, Ville de Colombes, Rec. 612 ; A.J.D.A. 1964. 122, note P.L.

(116) A. de Laubadère, Administration et contrat, Mélanges Bréthe de la Gressaye, Ed. Bière, Bordeaux, 1967, p. 454 (« les contrats de collaboration »).
M. de Laubadère distingue bien « les contrats de collaboration » qui relèvent de la notion d'intervention des personnes privées dans l'action administrative et les « contrats d'administration » dans lesquels les personnes privées n'apparaissent qu'en leur qualité d'administrés. L'économie concertée, les contrats de programmes, les contrats de stabilité ne sont pas des modalités d'intervention des personnes privées dans l'action administrative. Celles-ci apparaissent davantage comme bénéficiaires de l'action administrative que comme agents de celle-ci. Ces « contrats d'incitation » relèvent de la notion d'aide aux activités privées d'intérêt général, cf. infra, p. 91 s. et 130 s.
V. M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, Revue trimestrielle de droit civil, 1964, p. 5.

habilitée de « l'exécution directe et immédiate de l'objet même du service public » (117). C'était en matière de ravitaillement (118) ou de transport pendant les deux guerres mondiales, c'est en matière de santé publique (119), d'enseignement (120), d'agriculture (121) dans la période actuelle (122).

L'unité de cette dernière catégorie d'habilitations et des autres résulte de leur soumission commune à la théorie générale des contrats administratifs. Il importait de les distinguer non seulement d'un point de vue descriptif, mais également parce que certaines d'entre elles produisent des conséquences particulières.

N'est-il pas surprenant de constater que la distinction des différentes catégories d'habilitations contractuelles présente un certain intérêt juridique, alors qu'il a été montré que la distinction des habilitations contractuelles et unilatérales est souvent de peu de portée ?

§ 2. — HABILITATIONS UNILATERALES.

L'intervention des personnes privées dans l'action administrative sur le fondement d'une habilitation unilatérale ne connaît pas une grande extension au dix-neuvième siècle. Peu en accord avec l'idéologie dominante, le procédé unilatéral est délaissé au profit de la technique conventionnelle. L'Etat libéral se doit, lorsqu'il intervient dans la vie économique, de s'écarter le moins possible des mécanismes du droit privé.

Cette hostilité implicite du législateur s'est répercutée sur les autorités administratives, le juge administratif et même la doctrine.

---

(117) Cf. concl. Long, sur C.E., 20 avr. 1956, Bertin. A.J.D.A. 1956, 274.
« La distinction entre l'exécution directe et immédiate de l'objet même du service public... et la participation indirecte à l'exécution... risque d'être définie espèce par espèce sans qu'un critère soit fourni aux justiciables » (Pinto, obs. sous C.E., 12 oct. 1956, Société Les Colloïdes industriels français, A.J.D.A. 1956.2.403).
A. de Laubadère, Contrats administratifs : les formes de collaboration sont très graduées et nuancées, tome I, n° 53, p. 72-73.
V. Cl. Goyard, La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative, Préface de G. Péquignot, Montchrestien, 1962, p. 356, note 1. V. concl. Braibant, C.E., 10 mai 1963, Société coopérative de production « La Prospérité fermière », R.D.P. 1963. 584.
(118) C.E., 27 mars 1926, Société des établissements du Planteur de Caïffa, Rec. 325 ; 9 juillet 1926, Société des Grands Moulins de Corbeil, Rec. 730.
(119) Ord. n° 829 du 23 sept. 1967, a. 2 in fine modifiant a. L 734-3 du code de la Santé publique (En vertu de conventions passées avec l'Etat, certains établissements privés peuvent participer à l'exécution du service public d'hospitalisation. Leurs droits et obligations sont déterminés par un cahier des charges type...).
(120) Loi du 31 décembre 1959 (a. 4, contrats d'association).
(121) A.N.M.E.R., A.M.P.R.A. (A. 28 août 1964 approuvant la convention du 3 févr. 1964). Sociétés professionnelles et interprofessionnelles d'intervention (d. n° 933 du 30 septembre 1953) (lorsqu'elles n'agissent pas comme mandataires). S.A.F.E.R. (Loi du 5 août 1960, a. 15, d. 14 juin 1961, a. 1er).
(122) Autres exemples anciens ou récents : L'Union nationale des associations de tourisme : U.N.A.T. (Service national des examens des permis de conduire, arrêté du 30 décembre 1959, convention du 31 décembre 1959). Les A.S.S.E.D.I.C. (Ord. 13 juillet 1967, a. 8).

En présence d'une « permission délivrée sans avoir été précédée d'un contrat de concession » et « subordonnée à des conditions qui font présumer que la ville a entendu s'assurer un service public », Hauriou n'en estime pas moins que « la permission de voirie est dominée par une situation de concession qui la remet au même point que si elle avait été délivrée en vertu d'un traité de concession ». Le fait que la permission de voirie, ajoute-t-il, soit « une combinaison permettant d'assurer un service public », le fait que par exemple une autorisation d'occuper la voie publique comporte un cahier des charges relatif à l'exploitation, empêchent qu'il s'agisse d'une permission de voirie pure et simple ; il y a situation contractuelle. L'autorisation de canalisation... n'est pas une permission de voirie pure et simple, mais une concession, c'est-à-dire une permission de voirie accompagnée d'un contrat ou tout au moins d'une situation contractuelle (123).

Cette réticence du doyen Hauriou à admettre qu'un acte unilatéral puisse servir de fondement à une intervention des personnes privées dans l'action administrative se prolonge dans la doctrine, même après que ce type d'habilitation a été consacré par le législateur sous des noms divers (autorisation (124), agrément (125), délgation), mais correspondant à une notion identique.

Les traces de cette hostilité se retrouvent dans les critiques faites à la théorie du « service public virtuel » (126). Si certains auteurs contestent qu'il y ait véritablement service public, c'est probablement parce que la gestion du service repose sur un acte unilatéral. Il y a, semble-t-il, une sorte de contamination de la nature de l'activité gérée (y a-t-il service public ?) par le mode de gestion (peut-il exister des modes de gestion non contractuels ?).

La controverse a été tranchée d'une manière explicite par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Radio-Atlantique (127), confirmant des thèses émises plusieurs années auparavant par certains membres de la Haute Assemblée (128). Le Conseil d'Etat qualifie « d'exploitant du service public » une personne privée exploitant un poste de radiodiffusion sur le fondement d'une autorisation assortie d'un cahier des charges. Ce faisant, il se borne à exprimer juridiquement la

---

(123) Hauriou, note sur C.E., 27 déc. 1901, Pécard, S. 1902.III.33, Notes d'arrêts, tome III, p. 307 ; cf. Note sur C.E., 6 juin 1902, Goret, S. 1903.III.65, Notes d'arrêts, tome III, p. 313 (« Il y a situation contractuelle innommée »).

(124) Et notamment « l'autorisation conditionnée », Cf. Jolly, Les entreprises d'intérêt public et l'usage de la permission, th. Nancy, 1923, p. 61 ; H. Detton, L'Administration et les entreprises industrielles d'intérêt général, Cours de l'Ecole libre des Sciences Politiques, 1942-1943, p. 635 ; A. de Laubadère, D.A., tome III, n° 76, p. 73 ; B. Chenot, Organisation économique de l'Etat, Sirey, 1965, 2e éd., n° 327, p. 286 s. V. aussi les exemples donnés par P. Laroque, note citée, infra (128).

(125) B. Tricot, L'agrément administratif des institutions privées, D. 1948, chr. VII, p. 25 ; J. Georgel, L'agrément administratif, A.J.D.A. 1962, 467.

(126) V. Waline, D.A. 1963, n° 1129, p. 671.

(127) C.E., 6 févr. 1948, Radio-Atlantique, R.D.P. 1948, 244, concl. Chenot, note Jèze (qui enregistre cette jurisprudence sans la soumettre à la moindre critique).

(128) P. Laroque, note sous C.E., 13 janv. 1933, Mironneau, S. 33.3, p. 42 (« un service public peut être organisé et fonctionner sous un régime d'autorisation »).

volonté manifestée par les pouvoirs publics dans le décret du 28 décembre 1926. La lecture de ce texte, et notamment de l'article 17, qui précise longuement à quelles conditions est accordée l'autorisation, convainc aisément qu'il s'agit d'une activité d'intérêt général prise en charge par l'Etat et s'exerçant sous un régime dérogatoire au droit commun, à laquelle on ne peut refuser le caractère de service public sous prétexte qu'elle est exercée en vertu d'un acte unilatéral et non contractuel.

Avec le développement de l'interventionnisme étatique, le procédé de l'habilitation unilatérale prend une extension telle qu'il n'est plus possible d'en nier l'existence (129).

Beaucoup d'institutions que le Conseil d'Etat déclare être investies d'une mission de service public exercent cette mission sur le fondement d'une habilitation unilatérale (Caisses de sécurité socoiale, centres techniques industriels, groupements de défense contre les ennemis des cultures, fédérations de chasse et de pêche) (130). Récemment, il n'a pas hésité, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement, à consacrer l'idée d'habilitation unilatérale dans une matière où traditionnellement l'habilitation contractuelle est de règle, celle des travaux publics (131).

Correspond aussi à une habilitation unilatérale l'hypothèse de la délégation de compétence d'une autorité administrative à une personne privée, dont plusieurs exemples ont déjà été cités (132).

C'est également sur la base d'un acte unilatéral que certaines associations de la loi de 1901, constituées à l'initiative ou sous l'égide de l'administration, sont habilitées à intervenir dans les opérations admnistratives (133).

Bien qu'unilatérales, les habilitations susvisées ne comportent pas nécessairement l'idée de contrainte (134). Elles peuvent être l'aboutissement d'une acceptation préalable (135) et correspondre à l'idée d'habilitation consentie et non pas d'habilitation imposée.

---

(129) Adde, Les chambres de discipline des officiers ministériels et les ordres professionnels et comités des pêches maritimes, si l'on admet qu'ils sont des personnes privées (V. supra, p. 45 s.).

(130) Cf. l'ordonnance citée note (60) visant les services publics exploités « sous le régime de l'autorisation ou de la permission de voirie ».

(131) Concl. A. Bernard sur C.E., 19 nov. 1958, Zagouatti, A.J.D.A. 1958.1.123 (« Exécution de travaux publics sous un régime non contractuel », sur la base d' « une autorisation... assortie de conditions, de charges... »).

(132) V. supra, titre I, note (119) ; titre II, notes (6) et (11), Adde G.P. 1944.1.139. Le juge administratif n'exige pas que le texte précise que le délégataire peut être une personne morale de droit privé : C.E., 30 juin 1954, Société G. Lesieur, Rec. 398 ; l'article 1er, al. 2, du décret du 25 janvier 1949 se borne à dire que les pouvoirs conférés aux répartiteurs pourront être délégués en tout ou en partie.

(133) Association française de normalisation : Afnor (D. 24 mai 1941) ; Association professionnelle des banques (Loi 13 juin 1941) ; Association pour la formation professionnelle des adultes : A.F.P.A. (A. 26 mars 1949) ; Association nationale d'études municipales : A.N.E.M. (A. 11 juin 1965) ; Association nationale de développement agricole : A.N.D.A. (D. 4 oct. 1966) ; Centre national d'information pour la productivité des entreprises (D. 2 avril 1968).

(134) Actes unilatéraux « provoqués », « demandés », « sollicités », « acceptés ».

(135) G. Dupouy, Pipe-lines, domaine public, ouvrages publics, R.A. 1965, 301. En matière d'associations « fictives », l'idée d'acceptation n'a pas de sens, sauf à parler d'acceptation envers soi-même.

Dans cette mesure, elles se distinguent d'autres habilitations unilatérales qui sont forcées, et dont le type est la réquisition (lorsqu'il s'agit d'une réquisition s'analysant en une habilitation de personne morale de droit privé à intervenir dans l'action administrative). Cette distinction entre habilitation unilatérale consentie et habilitation unilatérale forcée n'affecte pas le régime juridique qui, dans les deux cas, est celui qui résulte de l'acte administratif unilatéral.

L'opposition entre les deux formes d'habilitation unilatérale et entre habilitations unilatérales et contractuelles ne doit pas être exagérée. Il n'est pas rare que les autorités administratives essaient de transformer une habilitation unilatérale forcée en habilitation consentie (136).

Le droit finit toujours par rejoindre la réalité. Il n'y a d'intervention efficace des personnes morales de droit privé dans l'action administrative que consentie.

Section II

LE CHOIX DE L'ADMINISTRATION ENTRE LES DIFFERENTES CATEGORIES D'HABILITATIONS

Après avoir précisé dans quels cas l'administration a la faculté ou l'obligation de renoncer à l'action directe pour investir de certaines compétences administratives une personne privée, et dans quelle mesure elle a le choix de l'institution à habiliter, l'étude des pouvoirs de l'administration doit être complétée par l'analyse des deux questions suivantes : peut-elle librement choisir la nature de l'habilitation, contractuelle ou unilatérale ? A-t-elle une faculté de choix au sein des habilitations de même nature juridique ?

§ 1. — LE CHOIX ENTRE HABILITATIONS DE NATURE JURIDIQUE DIFFERENTE.

Le législateur (qui établit l'habilitation générale) précise presque toujours la nature juridique des habilitations individuelles d'application. Il laisse rarement une faculté de choix aux autorités administratives et prévoit, soit une habilitation de type contractuel, soit une habilitation unilatérale (137). Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il

(136) Cf. « Les réquisitions amiables », P. Chauveau, Traité de droit maritime, Librairies Techniques, 1958, p. 190 ; J. Le Clère, Les chartes-parties et l'affrètement maritime. Librairies Techniques, 1962, p. 163 ; Bussière, th. citée (Cf. le sous-titre : De la réquisition au contrat conclu sous réquisition). C.E., 24 mars 1922, Société navale de l'Ouest, Rec. 278 (« Contrat passé pour déterminer les modalités de la réquisition).

(137) En matière de police, les habilitations sont toujours unilatérales. Le pouvoir de police ne se « concède » pas. Il y a cependant, en matière de police économique, des cas d'habilitations contractuelles. V. infra, p. 100 s., p. 111 et note 112.

autorise l'administration à utiliser à son gré une habilitation contractuelle ou unilatérale (138).

Le véritable problème porte sur le point de savoir si l'administration peut recourir en cas d'échec d'habilitation consentie à une habilitation forcée. Une telle prérogative n'existe que dans la mesure où un texte la lui accorde. Le juge annule les habilitations forcées utilisées à la place d'habilitations consenties ou se superposant illégalement à ces dernières (139).

§ 2. — LE CHOIX ENTRE HABILITATIONS DE MEME NATURE JURIDIQUE.

Le problème se pose dans la pratique en matière d'habilitations contractuelles (étant donné la variété de celles-ci et les différences possibles de régime juridique) et pour les autorités administratives décentralisées.

Sauf texte contraire, elles détiennent un pouvoir discrétionnaire. Elles ont théoriquement la faculté d'utiliser la concession de service public, la régie intéressée ou telle autre habilitation contractuelle de leur choix (140).

En fait, l'autorité de tutelle peut amoindrir et même supprimer leur pouvoir discrétionnaire, notamment par le procédé de tutelle indirecte que constitue d'une part l'adoption de cahiers des charges-types et d'autre part les subventions.

La liberté des autorités décentralisées est atteinte dans une mesure limitée si divers cahiers des charges correspondant aux différentes modalités d'intervention sont prévues (141).

Il n'en est plus ainsi lorsqu'une seule habilitation-type est prévue. Même si l'autorité décentralisée n'est pas juridiquement tenue de l'adopter, elle sera incitée le plus souvent à le faire, soit que l'utilisation de l'habilitation-type supprime ou rende plus facile la procédure d'approbation par l'autorité de tutelle, soit qu'elle apparaisse

---

(138) G. Renard a parlé d' « interchangeabilité » des procédés de la concession et de la permission en matière de distribution d'énergie électrique (Préface à l'ouvrage de P. Jolly, Le nouveau régime légal de distribution d'énergie électrique, Sirey 1925, p. 9).

L'exploitation d'outillage des ports peut être accordée sur le fondement d'un acte unilatéral ou d'un acte contractuel (circulaire 30 janvier 1915).

(139) Par exemple, annulation par le juge, sauf texte contraire, des réquisitions de concession de service public. V. J. Singer, op. cit. note (38), n° 207, p. 169 et 170.

(140) Une limitation de fait peut provenir du refus des personnes privées d'accepter tel type d'habilitation, par exemple une concession de service public comportant réellement des risques. L'administration devra alors, si elle désire à tout prix faire gérer le service par une personne privée, accepter de conclure un contrat de régie intéressée. V. Rapport de la Cour des Comptes, 1963, J.O., 1965, p. 422.

(141) Pour l'exploitation d'un service d'eau potable ou d'une gare routière publique de voyageurs, plusieurs modèles ont été prévus, entre lesquels un choix peut s'exercer. Cf. supra note (88).

comme la condition nécessaire de l'octroi d'une subvention. Ainsi qu'on l'a noté (142), ce procédé peut aboutir à un choix indirectement effectué par l'autorité centrale pour l'ensemble des collectivités décentralisées. Cette constatation confirme l'idée que l'intervention des personnes privées dans l'action administrative est toujours soumise à un contrôle étroit du pouvoir central.

(142) P. Rongère, op. cit., p. 128 et 259.

CHAPITRE III

LES EFFETS DE L'HABILITATION

La plupart ont été mentionnés incidemment dans les développements précédents. Il s'agit simplement de les rassembler et de les compléter en se plaçant au double point de vue des personnes qui reçoivent l'habilitation et de celles qui l'accordent.

Vis-à-vis des personnes habilitées, l'effet le plus important de l'habilitation est de les faire participer à l'exercice de l'action administrative. Ainsi que le précise très justement l'article 15 al. 2 du décret n° 933 du 30 septembre 1953 relatif au statut, à l'organisation et au fonctionnement des organismes d'intervention économique à caractère privé, « tout organisme, toute entreprise privée qui effectuerait... des opérations prévues à l'article 1er sans avoir passé des conventions avec l'Etat serait réputé le faire à titre privé ». L'acte d'habilitation comportant le plus souvent des prérogatives au profit de la personne habilitée, l'article 15 tire les conséquences de l'absence d'habilitation : « Il (l'organisme) ne pourrait, en aucun cas, recevoir de produits d'aucune taxe parafiscale, ni percevoir à titre obligatoire aucune cotisation... ». A contrario, l'effet de l'habilitation est de permettre aux organismes habilités de ne pas intervenir à titre privé (143) et de bénéficier des prérogatives afférentes à l'exercice de l'action administrative (144).

La règle qui se dégage du texte susvisé vaut pour tous les cas d'intervention quelle que soit la nature de l'habilitation.

Celle-ci a également pour effet de rendre licite l'intervention des personnes privées dans l'action administrative. S'il n'existe, comme on l'a constaté, aucun texte général consacrant le principe de l'habili-

---

(143) C.E., 23 févr. 1900, Blanc, Rec. 153. Le Conseil d'Etat refuse de considérer le requérant comme entrepreneur d'un service public municipal parce qu'il exerçait son activité de son plein gré et dans son seul intérêt.

(144) Refus du bénéfice de la réquisition à un « organisme privé, qui n'est à aucun titre chargé d'assurer un service public » (C.E., 10 avr. 1946, Labeylonie, Rec. 112).

En sens inverse, l'existence d'une habilitation permet d'engager la responsabilité de la puissance publique pour les dommages causés par les personnes privées, dans les cas où cette possibilité existe. Cf. C.E., 16 mai 1951, Dame Vve Pintal et autres, D. 1951, 511, note F.M. Rejet des demandes d'indemnités formées contre une commune car il ne résulte pas de l'instruction que l'auteur du dommage « ait été chargé par la commune... d'assurer pour le compte de » celle-ci l'activité source du dommage.

tation préalable, l'article 258 du Code Pénal punit l'intervention « sans titre... dans les fonctions publiques... » (145).

Un dernier effet d'habilitation vis-à-vis de la personne habilitée est de lui conférer le droit d'assumer l'activité pour laquelle elle a été habilitée aussi longtemps que l'habilitation ne lui aura pas été retirée (si l'habilitation est permanente) ou jusqu'au terme prévu.

Le juge administratif protège l'habilitation des personnes habilitées et veille à ce que les autorités administratives n'empiètent pas sur les compétences qui leur ont été confiées (146).

De même qu'il assure la protection des droits de la personne privée, de même le juge administratif précise la portée de ses obligations. La personne habilitée est tenue, d'une part, d'exercer l'activité pour laquelle elle a été habilitée, en application de la règle de la continuité du service public (147), d'autre part, elle y est tenue personnellement, sauf texte contraire ou autorisation expresse de la personne habilitatrice (148).

Les droits et obligations de la puissance publique résultent a contrario des règles régissant la situation de la personne habilitée.

L'administration est tenue de respecter l'habilitation tant qu'elle est en vigueur, mais rien n'empêche la puissance publique d'y mettre fin avant son expiration normale (149). Le droit, indiqué plus haut,

---

(145) A la vérité l'application de ce texte aux personnes privées intervenant dans l'action administrative pose le vaste problème de la responsabilité pénale des personnes morales. La Cour de Cassation continue à estimer qu' « en principe une personne morale ne peut encourir aucune responsabilité pénale » (Ch. crim. 6 mars 1958, D. 1959, 465, et 26 nov. 1963, G. P. 1964, 1er sem., p. 189).

Sur cette question, V. P. Faivre, La responsabilité pénale des personnes morales, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1958, p. 547. En ce qui concerne l'article 258, la nature même de la peine prévue exclut son application éventuelle à une personne morale. Sur le problème de l'application par le juge administratif d'un texte de droit pénal, V. note J. Dutheil de la Rochère, citée infra note (3), p. 205.

La « course » fournit un exemple intéressant ; la délivrance par le souverain ou ses représentants d'une « commission ou « lettres de marque », qui n'étaient rien d'autre qu'une habilitation préalable, empêchait le corsaire d'être punissable du crime de piraterie.

(146) C.E., 27 déc. 1948, Syndicat du marché français des chevaux de boucherie et d'occasion, Rec. 488 ; 18 janvier 1950, Syndicat général des industries mécaniques et transformatrices de métaux, Rec. 32 (« ... le ministre en s'opposant à ce que les syndicats habilités procèdent à la sous-répartition des contingents..., a méconnu les prescriptions de l'article 7 de la loi du 26 avril 1946 ») ; 25 oct. 1957, Duval, Rec. 556, R.D.P. 1958, 506, note Waline (« le gouvernement ne peut exercer les pouvoirs généraux qui lui sont reconnus en la matière... qu'à la condition qu'une disposition législative spéciale postérieure n'ait pas habilité une autre autorité... » ; 2 mai 1958, Martin Caille, Rec. 254.

(147) Jurisprudence constante et sévère en matière de concession de service public, par exemple (C.E., 28 juin 1967, Société des Transports en commun de la région d'Hanoï, Rec. 852). V. C.E., 1924, Société industrielle de gaz et d'électricité, Rec. 328 : La société est « strictement tenue d'assurer le service concédé ». En matière d'habilitation unilatérale, C.E., 6 févr. 1948, Radio-Atlantique, R.D.P. 1948, 244 (le retrait de l'autorisation est fondé sur la règle de la continuité du service public, cf. concl. Chenot, p. 249).

(148) V. supra, p. 60.

(149) En dehors de l'expiration de la durée de l'habilitation et de la révocation de celle-ci, la fin de l'intervention peut résulter soit de la suppression de l'activité administrative, objet de l'intervention, soit de la disparition de la personne privée, agent de l'intervention (les causes peuvent être variées : dissolution imposée par la puissance publique, transformation de la personne privée en personne de droit public).

Il faut ajouter les causes ne relevant pas de la volonté juridique des autorités de l'Etat (cessation d'une intervention devant prendre fin comme contraire à une norme s'imposant au droit interne ; Cf. A. de Laubadère et R. de Beaumont, infra note (112) in fine, p. 110.

des personnes privées d'accomplir l'activité pour laquelle elles ont été habilitées, doit s'entendre sous réserve de cette faculté.
La grande variété des situations n'empêche pas qu'on puisse dégager une règle générale : La puissance publique peut toujours (150) et à n'importe quel moment mettre fin à l'habilitation, qu'il s'agisse d'une habilitation permanente ou provisoire, d'une habilitation unilatérale ou contractuelle, qu'il y ait faute (151) ou absence de faute de la personne habilitée (152). Cette dernière distinction est importante à la fois sur le plan du contentieux de la légalité (respect des droits de la défense en cas de sanction) et sur le plan du contentieux de la responsabilité (droit à indemnité en l'absence de faute, en principe), car le juge administratif contrôle les retraits d'habilitation opérés par l'autorité administrative (153).

L'importance des droits reconnus à la puissance publique pour mettre fin à l'habilitation ne doit pas surprendre. L'habilitation ne saurait être maintenue que tout autant qu'elle permet la satisfaction de l'intérêt général.

*
**

Les droits accordés à l'administration ou aux pouvoirs publics pour mettre fin à l'habilitation ne sont que le pendant de ceux qu'ils détiennent pour l'admission de l'intervention, l'ensemble donnant à la puissance publique une maîtrise complète du phénomène d'intervention dans son admission et sa cessation. Celle-ci est l'une des manifestations essentielles du pouvoir de « haute direction » des gouvernants sur l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative.

---

(150) La seule hésitation possible concerne l'existence du rachat non contractuel. Celui-ci est admis par la plupart des auteurs. V. de Laubadère, Contrats, tome III, n° 1083 s., p. 203.

(151) La révocation-sanction de l'habilitation est qualifiée dans les textes relatifs à une habilitation contractuelle de résiliation, de dénonciation, dans les textes visant une habilitation unilatérale, de retrait (d'agrément, d'autorisation). Certaines portent des noms particuliers à un type d'habilitation : déchéance (concession de service public).

A titre d'exemple, V. A. 22 janv. 1964, a. 18 (relatif au retrait d'agrément des centres régionaux de l'enfance inadaptée : C.R.E.A.I.), J.O., 11 avril, p. 3271, et d. n° 610 du 14 juin 1961 (id. en ce qui concerne les S.A.F.E.R.).

(152) La possibilité d'une révocation de l'habilitation, même en l'absence de faute, est presque toujours prévue par les textes (la formule habituelle est : la révocation « est possible à tout moment » (Ex. : conventions liant la S.I.B.E.V. et Interlait au F.O.R.M.A. ; la convention qui liait l'A.M.P.R.A. au ministère de l'Agriculture) ; en matière d'habilitation unilatérale, a. 24 du d. 28 décembre 1926, relatif aux postes privés de radiodiffusion).

En matière de concession de service public, différents textes ont prévu des procédures de résiliation anticipée. En l'absence de texte législatif (rachat légal) ou de clauses figurant au contrat (rachats contractuel), il est conforme aux principes d'organisation des services publics d'admettre que l'administration possède un droit de rachat. Cf. note (150).

(153) Dans le cas de résiliation-sanction de l'habilitation, il vérifie qu'il y a bien eu faute de l'agent de l'intervention.

Dans le cas de résiliation « dans l'intérêt général » de l'habilitation, il vérifie que celle-ci est intervenue dans l'intérêt du bon fonctionnement du service. Bien qu'il s'agisse d'un pouvoir discrétionnaire, il opère le « contrôle minimum ».

Le contrôle du juge est facilité lorsque, comme c'est parfois le cas, les retraits d'habilitation doivent être motivés.

Si toute autorisation donnée par la puissance publique à une personne privée ou tout contrat conclu entre elles constituaient une habilitation, leur seule existence suffirait à faire déceler l'intervention des personnes privées dans l'action administrative. Tel n'est pas le cas. L'exercice d'une simple activité privée est parfois subordonné à une autorisation ; tout contrat conclu par une personne privée n'est pas nécessairement une habilitation servant de fondement à une intervention dans l'action administrative.

La détermination de cette notion n'en serait pas moins aisée si à chaque type d'activité (intervention dans l'action administrative, activité privée) correspondait un mode d'habilitation différent. Il n'en est pas toujours ainsi. Les expressions concession, affermage, autorisation, agrément sont utilisées aussi bien en tant qu'habilitation à intervenir dans l'action administrative que pour autoriser l'exercice d'activités purement privées.

Une analyse formelle étant insuffisante, il convient de prendre en considération l'objet de l'intervention.

TITRE III

L'OBJET DE L'INTERVENTION

L'intervention a été définie, l'accomplissement par une personne privée de l'objet même de l'action administrative. Le problème est donc de savoir dans quelle mesure celui-ci peut être assuré par des personnes privées, plus précisément de savoir si l'intervention des personnes morales de droit privé peut consister dans l'accomplissement des différentes fonctions de l'administration ou si elle est limitée à certaines d'entre elles seulement. La notion d'action administrative, diversement définie en doctrine, doit au préalable être précisée.

Chapitre I. — *Le contenu de l'action administrative.*

Chapitre II. — *Le contenu de l'intervention.*

CHAPITRE I

LE CONTENU DE L'ACTION ADMINISTRATIVE

Il ne s'agit pas de définir l'action administrative par rapport aux autres fonctions de l'Etat (1), mais en soi, et ce, non pas d'un point de vue juridique (étude des moyens utilisés) ou technique (2), mais d'après les fins poursuivies. C'est ce que la doctrine, utilisant des formules variées, nomme les formes ou les expressions de l'action (ou de l'intervention) administrative, les techniques, les procédés, les modalités, les types d'action (ou d'intervention) de l'administration, ou bien encore les tâches administratives. Elle utilise rarement l'expression fonctions soociales de l'administration (3), qui exprime pourtant le mieux le point de vue finaliste.

L'étude de la distinction des fonctions sociales de l'administration doit être complétée par quelques indications sur la portée de cette distinction.

---

(1) Sur la question de savoir si l'administration exerce des fonctions qui lui sont propres ou se borne à participer à l'exercice de fonctions communes à d'autres organes de l'Etat, V. Eisenmann, Cours de droit administratif, 1953-1954, Paris, Les cours de droit, p. 77 s. ; Auby et Ducos-Ader, Institutions administratives, Dalloz, 1966, n° 1, p. 2 s.

(2) B. Gournay, « Les fonctions de l'Administration », in l'Administration, P.U.F., 1962, p. 7 s., et Introduction à la Science administrative, Armand Colin, 1966, p. 13 s.

V. R. Drago et Cl. Goyard, Les missions de l'Administration, Traité de science administrative, p. 225 et 237 s.

(3) Ch. Eisenmann, Les fonctions de l'Etat. Les fonctions sociales et les fonctions juridiques, Encyclopédie française, 1964, tome 10, p. 291.

Section I

LA CLASSIFICATION DES DIFFERENTES FONCTIONS DE L'ADMINISTRATION

Les auteurs adoptent une classification bipartite (4), tripartite (5) ou quadripartite (6) sans toujours justifier les choix opérés, ni distinguer le plan des fins et celui des moyens (7).

Leurs positions étant relativement proches les unes des autres, il n'est pas nécessaire, au moins dans le cadre de cette recherche où la distinction des fonctions de l'administration ne constitue qu'un préliminaire destiné à fixer un schéma d'analyse, de procéder à une description, puis à une étude critique de chaque théorie ou catégorie de théories de l'objet de l'action administrative. La méthode des petites étapes peut être utilisée. Les auteurs sont d'accord sur deux fonctions de l'administration. La divergence porte essentiellement sur l'autonomie de la fonction d'aide aux activités privées d'intérêt général. Une mention spéciale doit être faite à la notion d'activité publique d'intérêt général. Après quoi il est possible de conclure en indiquant la position retenue.

§ 1. — LA DISTINCTION DUALISTE DES TACHES DE L'ADMINISTRATION.

L'idée générale étant que les fonctions de l'administration sont classées d'après « leurs effets et conséquences quant aux activités privées » (8), les auteurs s'entendent pour retenir (soit dans un premier temps, soit à titre définitif) deux fonctions.

Par la première fonction, l'administration se borne à fixer certaines limites à l'activité des particuliers. L'exercice de cette modalité de l'action administrative n'a pas pour conséquence d'entraîner la suppression de l'activité privée.

---

(4) Ch. Eisenmann, op. cit. notes (1) et (3) ; J. Boulouis, Cours de droit administratif, 1967-1968, Paris, Les cours de droit, p. 402 ; G. Timsit, Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français, préface de Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 8 s.

(5) Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 5e éd., 1950, p. 253 (M. Waline a renoncé dans les éditions récentes à une présentation d'ensemble des différentes modalités d'action). Rivero, D.A., p. 453 s. ; La fonction administrative, Encyclopédie française, tome 10, l'Etat, p. 329. Vedel, D.A., p. 565 s Ch. Debbasch, D.A., p. 152 s. P. Weil, Le droit administratif, P.U.F., 1964, p. 32.

(6) R. Bonnard, Précis de droit administratif, Sirey, 1935, V. « Les interventions de l'Etat », p. 9 s. ; de Laubadère, D.A., tome Ier, p. 503.

(7) De Laubadère, Cours de grands services publics et entreprises nationales, Les cours de droit, 1963-1964, p. 78 et 92.

Mathiot, Grands services publics et entreprises nationales, 1966-1967, Les cours de droit, p. 129.

Ces deux auteurs, aux modalités de l'action administrative généralement retenues, ajoutent notamment le procédé contractuel.

(8) Bonnard, op. cit. note (6), p. 145.

Par la deuxième fonction, l'administration prend en mains la satisfaction de certains besoins et assume la gestion de l'activité correspondante ; il y a suppression partielle ou totale de l'activité privée.

Sous cette présentation la plus neutre possible, il est aisé de reconnaître ce que les auteurs appellent la police et le « service public » (avec indication de la variante monopolistique ou non).

Les auteurs tentent de caractériser la police par l'idée de prescription et le « service public » par l'idée de prestation. Cette distinction fait l'objet de critiques non fondées (telles celles consistant à dire que la police fournit aussi des prestations) (9), mais aussi de critiques fondées. (« Pour certains services publics, on ne peut parler de prestations qu'en un sens vraiment très vague ou déformé ») (10).

Bien qu'en certaines situations limites l'opposition entre les deux notions s'estompe (11), il n'est pas moins vrai que dans leur essence ces deux fonctions correspondent à deux situations diamétralement opposées (12) et c'est dans cette mesure que la distinction doit être retenue.

Pour certains auteurs, l'ensemble de l'action administrative est réductible à la fonction de police ou à la gestion des « services publics », alors que pour d'autres le couple police - service public est insuffisant à en rendre compte.

---

(9) D. Papanicolaïdis, Introduction générale à la théorie de la police administrative, Préface de M. Ch. Eisenmann, th. Paris, 1960, V. « L'action prestatrice des autorités de police », p. 89 s.

(10) De Laubadère, D.A., tome I[er], n° 996, p. 520 ; V. Latournerie, Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? ou Jouvence ? E.D.C.E., 1960, p. 119.

(11) Vedel, D.A., p. 17 ; Debbasch, D.A., p. 182 ; Weil, op. cit., p. 32. Concl. Braibant sur C.E., 21 fév. 1964, Cie d'assurance « La Paternelle », Rec. 123. Pour deux exemples où est posée la question de savoir si l'on est en présence de la police ou du service public, V. concl. Tricot sur C.E., 9 mai 1958, Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens, S. 1958, p. 220 et concl. Kahn sur C.E., 12 févr. 1960, Société industrielle et commerciale d'approvisionnement, A.J.D.A. 1960.2.77.

Le fait que la police puisse être à l'origine de la constitution d'un service public ne signifie nullement que la distinction est inexacte. Ce qui est important, c'est que l'activité soumise à cette police apparaisse comme étant non une activité privée, mais une activité de service public (nécessairement gérée par des personnes privées).

Le phénomène d'intervention des personnes privées dans l'action administrative est l'un des responsables du caractère parfois malaisé de la distinction entre police et service public.

(12) Rivero, D.A., n° 431, p. 363 ; Waline, D.A., n° 1073, p. 638 ; J. Moreau, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat, A.J.D.A. 1965, p. 3.

§ 2. — L'AIDE AUX ACTIVITES PRIVEES D'INTERET GENERAL (13).

Selon la majorité de la doctrine la distinction police-service public laisse de côté un secteur de plus en plus important de l'action administrative (14), celui dans lequel l'administration encourage, par l'octroi d'avantages divers, l'accomplissement de certaines activités privées qui en contre-partie sont soumises à certaines sujétions consistant le plus souvent en un contrôle. Elle considère que l'aide aux activités privées d'intérêt général constitue une troisième fonction de l'administration.

Certains auteurs, en sens inverse, nient l'autonomie de cette activité par rapport à la police et au « service public ». Ainsi M. Eisenmann, après avoir estimé d'abord que « les interventions administratives groupées sous cette idée rentrent soit dans la fonction de police, soit dans la fonction de service public » (15), adopte un point de vue légèrement différent et soutient que la doctrine fractionne la vraie notion de police en refusant de considérer « comme ne rentrant pas dans cette fonction les réglementations et mesures par lesquelles l'administration... vise à aider et encourager une certaine activité privée » (16) ; c'est-à-dire qu'il admet désormais que la prétendue fonction d'aide aux activités privées d'intérêt général doit se fondre tout entière dans la fonction de police, alors que dans la première conception, elle se répartit soit dans la fonction de police, soit dans la fonction de service public.

Si l'on confronte ces positions divergentes à l'idée générale qui doit éclairer la théorie des fonctions de l'administration (« effets et conséquences quant aux activités privées »), l'opinion de M. Eisenmann, notamment dans la seconde conception, est bien la seule exacte.

---

(13) Certains auteurs risquent d'induire en erreur en nommant la troisième modalité de l'action administrative, activité privée d'intérêt général au lieu d'aide aux activités privées d'intérêt général. La nuance est importante. Dans le premer cas, on peut croire que les entreprises privées d'intérêt général sont agents de l'action administrative alors qu'elles n'en sont que les bénéficiaires. Il est vrai qu'à la limite, la distinction est pratiquement impossible à faire entre un concessionnaire de service public, qui est un agent de l'action administrative, et une entreprise privée d'intérêt général, qui ne l'est pas. Cf. infra, p. 131. Dans le même ordre d'idée, V. C.E., 23 mai 1960, Chambre de commerce de La Rochelle, Rec. 356. (La question se pose de savoir si une personne morale de droit privé est concessionnaire ou usager d'un service public).

(14) Il est inexact de dire que l'aide aux activités privées d'intérêt général est une modalité récente de l'action administrative. Elle a été utilisée par l'Etat libéral, mise en évidence par les auteurs du XIX^{e} siècle (V. infra, p. 94), et a donné lieu, dès cette époque, à un contentieux administratif déjà abondant que l'on trouve notamment à la rubrique Primes du Recueil Lebon. On peut tout au plus parler d'une extension de cette modalité d'action dans la période récente.

(15) Eisenmann, Cours 1953-1954, p. 107.

(16) Eisenmann, op. cit. note (3), p. 309.

La fonction d'aide laisse en effet subsister l'activité privée (à supposer qu'elle concerne une activité de ce type) (17). Elle s'apparente donc à la fonction de police qui, elle non plus, ne porte pas atteinte au caractère privé des activités qu'elle touche, à la différence de la fonction de « service public ».

Si l'on pousse l'analyse, cette solution ne satisfait qu'à moitié. L'unité de la notion de police ainsi entendue et englobant l'aide aux activités privées d'intérêt général résulte seulement d'un trait négatif : le fait de laisser subsister l'activité privée. A côté de réglementations limitatrices ou prohibitrices, elle renferme des réglementations d'incitation visant l'attribution de prestations, le plus souvent en biens monétaires. Or, l'on sait que si la prestation est susceptible de caractériser une fonction de l'administration, c'est bien la fonction de « service public » (ou de « prestation », selon M. Eisenmann) et non la fonction de police.

La notion d'aide aux activités privées d'intérêt général comporte ainsi deux éléments empruntés à chacune des deux autres fonctions. Comme la police, elle laisse subsister l'activité privée ; comme la fonction de « service public », elle s'analyse en une prestation aux administrés. En d'autres termes, c'est une fonction de prestation qui laisse subsister l'activité privée. L'administration n'assume pas la gestion d'une activité donnée, mais ne la laisse pas non plus gérer par des particuliers agissant sous l'empire de simples limitations de police ; l'activité, qui reste privée, est exercée par des particuliers recevant une aide administrative.

Cette explication permet probablement de justifier la position des auteurs qui, constatant que la fonction d'aide se situe à mi-chemin entre la fonction de police et la fonction de « service public », ont jugé bon de l'ériger en fonction autonome. Il en sera de même dans cette étude, bien que, comme le soutient M. Eisenmann, elle doive, du point de vue de son incidence sur l'activité privée, être rangée dans la même catégorie que la fonction de police.

§ 3. — L'ACTIVITE PUBLIQUE D'INTERET GENERAL (18).

Comme son nom l'indique, et à la différence des activités privées d'intérêt général (19), l'activité publique d'intérêt général est une activité « assumée », « prise en charge », par une personne morale de droit public (20). La doctrine a toujours admis que certaines

(17) De même que dans des cas limites, il y a des difficultés à déterminer si l'on est en présence du procédé de la police ou du service public, de même il peut y avoir des doutes pour savoir à partir de quel moment une activité assumée par une personne privée et recevant une aide des pouvoirs publics cesse d'être une activité privée pour devenir une activité de service public. V. infra p. 183.

(18) Expression de M. Latournerie (op. cit. note (10), p. 146) reprise par différents auteurs, Rivero, D.A., n° 432-2°, p. 364.

(19) Cf. infra, p. 131 s.

(20) C'est d'ailleurs ce qui distingue celle-ci de celle-là.

activités pouvaient être assumées par des personnes publiques sans être pour autant des services publics (21).

Comme le « service public », l'activité publique d'intérêt général s'analyse en la soustraction d'une activité donnée à l'action des particuliers et en la prise en charge de l'activité correspondante par les gouvernants (22). La seule différence paraît être le régime juridique applicable (23). Ce seul trait ne justifie pas, du point de vue de l'analyse « politico-sociale » des fonctions de l'administration, que l'activité publique d'intérêt général soit considérée comme une quatrième fonction autonome de l'administration.

§ 4. — SOLUTION RETENUE.

Le cadre d'analyse retenu pour l'étude de l'objet de l'intervention est le suivant. Il n'est pas question de ne pas retenir la police et le « service public ». L'activité publique d'intérêt général étant une gestion comme le « service public », s'intègre dans cette catégorie. En revanche, l'aide aux activités privées d'intérêt général n'étant ni une gestion ni une simple police, peut être admise comme troisième fonction de l'administration. Cette solution ne s'écarte pas de la position de la doctrine dominante, mais ne pouvait être adoptée de plano.

Section II

LA PORTEE DE LA CLASSIFICATION

La distinction tripartite des fonctions de l'administration a-t-elle uniquement une portée politico-sociale ou bien aussi une portée juridique ?

Son intérêt est tout d'abord « sociologique » ou « politique », économique, devrait-on dire, dans la mesure où elle est née de l'attitude de l'Etat en matière économique. « Elle traduit l'échelonnement des limitations apportées à l'initiative privée par l'intervention de l'Etat : à ce titre elle est incontestablement inspirée de la concep-

---

(21) Le juge administratif confirme ce point de vue. Cf. C.E., 2 mai 1959, Syndicat général du personnel Air-France, Rec. 282. Il résulte de cet arrêt que les sociétés nationales peuvent ou non être chargées de la gestion d'un service public.

(22) La présentation de M. Weil, qui ne distingue pas selon la nature de l'organisme chargé de l'activité en cause, paraît critiquable en ce qu'elle laisse supposer que l'activité dont il s'agit est soumise au même régime juridique quel que soit le support organique. De plus, elle ne fait pas apparaître que l'activité publique d'intérêt général relève de la notion d'action administrative au sens large, alors que l'activité privée d'intérêt général relève de la notion d'activité privée (op. cit., p. 65 s.).

(23) On peut faire à M. Latournerie le reproche que M. Waline lui adresse à propos de sa définition du service public. Le régime juridique applicable, en bonne logique, n'est que la conséquence de l'existence de la notion et non une condition (Waline, R.D.P. 1961, 711).

tion libérale de la fin du XIX[e] siècle » (24). Dès 1865 en effet, Batbie distingue, dans son Cours d'économie politique, les trois grandes modalités de l'action administrative : La police consistant à empêcher et non à faire, et dont le caractère est « négatif », car son rôle se réduit à « empêcher le mal », la deuxième action de l'Etat (que Batbie ne nomme pas explicitement service public) étant une « action positive » consistant à « faire le bien », la troisième consistant à donner des « subventions pour diriger l'initiative des individus », et qui peut être nommée, dans l'optique de Batbie, incitation à faire le bien (25).

On trouve une classification analogue sous la plume d'un tenant du libéralisme dont l'ambition n'est pas de faire œuvre juridique. Leroy-Beaulieu étend à l'ensemble de l'action de l'Etat une distinction faite à propos des seuls travaux publics (l'Etat peut intervenir de trois façons dans les travaux publics en usant de la puissance réglementaire, en donnant une aide à une entreprise privée, en se faisant lui-même entrepreneur). D'un point de vue général, il distingue « la réglementation », « la participation pécuniaire », « la gestion directe » (26).

Cette distinction tripartite étant reprise dans la plupart des manuels de droit administratif actuels, on pourrait penser qu'elle a aussi une valeur juridique. Bien que les auteurs soient en général très laconiques sur cette question, il ne fait pas de doute que si elle a une valeur juridique, celle-ci est très limitée (27).

D'un point de vue juridique, en effet, les trois fonctions de police, de « service public », d'aide constituent une activité de service public (au sens d'activité prise en charge par la puissance publique) (28) et sont toutes les trois soumises aux conséquences juridiques qu'entraîne l'existence de cette notion.

Cela n'est nullement surprenant si l'on songe, ainsi que le fait remarquer M. Eisenmann, que l'analyse juridique prend en considération non les buts poursuivis, mais les moyens utilisés et que l'administration utilise des moyens identiques pour les trois fonctions. Personne n'a jamais contesté que la police soit un service public sur le plan juridique, et les discussions intervenues à ce sujet ne s'expli-

---

(24) Weil, op. cit., p. 32.

(25) Batbie, Cours d'économie politique, A. Cottilon, 1865, tome 2, p. 70 s. On retrouve cette présentation dans Duez et Debeyre, D.A., 1952, p. 501. On trouve antérieurement des traces de cette distinction : M. Macarel (Cours d'administration et de droit administratif, Plon, 1852, 2[e] éd., tome I[er] p. 97) distingue, à propos des travaux publics, service public, aide et encouragement, règlementation. Chez Vivien, on retrouve ces trois fonctions, mais en ordre dispersé : « assurer le service public », « la police », « répandre les encouragements pécuniaires », Etudes administratives, 3[e] édit., Paris, Guillaumin, 1859, tome I, p. 14, 43, 52.

(26) L'Etat moderne et ses fonctions, 2[e] éd., Paris, Guillaumin, 1891, p. 139 et 143.

(27) Eisenmann, R.D.P. 1957, p. 974 ; Weil, op. cit., p. 32, V. cependant sur « le particularisme » du régime des actes de police administrative, C. Castagné, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, préface de J.M. Auby, L.G.D.J., 1964, p. II.

(28) Le juge administratif qualifie d'activité de service public aussi bien la police, que le « service public », que l'aide aux activités privées d'intérêt général.

quent que par les malentendus résultant de l'utilisation de l'expression service public dans deux sens différents (l'un l'opposant à la police, l'autre à l'activité privée).

On a un autre indice de la faible valeur juridique de la distinction en étudiant la méthode d'analyse des trois composantes de la notion d'action administrative par les auteurs. Lorsqu'ils présentent le procédé de la police administrative, ce n'est pas pour l'opposer au « service public », mais à la police judiciaire. Lorsqu'ils étudient le service public, l'essentiel de ce qui est dit vaut aussi bien pour la police et l'aide aux activités privées d'intérêt général que pour le service public et cela n'est pas étonnant, puisqu'ils n'opposent pas en fait le « service public » aux autres modalités, mais à l'activité privée.

Si la distinction présente du point de vue juridique une portée si réduite, à quoi sert-il de la maintenir comme summa divisio de la notion d'action administrative ?

M. Timsit donne une réponse satisfaisante. « Les études méta-juridiques... sont nécessaires à une compréhension totale des problèmes proprement juridiques » (29). Cette explication rejoint le principe général de méthode que G. Jèze conseillait pour l'étude du droit administratif : « Les problèmes du droit administratif doivent être étudiés en se plaçant à deux points de vue : 1° le point de vue de technique juridique, 2° le point de vue politique (30).

Si du point de vue du droit administratif général la distinction police service public ne présente qu'une portée juridique limitée, elle entraînerait cependant selon certains auteurs des conséquences juridiques importantes quant au phénomène de l'intervention des personnes privées dans l'action administrative : l'activité de police serait insusceptible d'être assumée par des personnes privées à la différence de la gestion des services publics. Du point de vue de cette étude, et pour apprécier le mérite de cette opinion, il était nécessaire de distinguer les interventions selon leur objet.

(29) G. Timsit, op. cit., p. 8.
(30) Jèze, Les Principes généraux du droit administratif, 2e éd., 1914, p. 3.

CHAPITRE II

LE CONTENU DE L'INTERVENTION

Ce n'est que dans la mesure où une personne privée exerce l'une des trois fonctions sociales de l'administration qu'on peut logiquement parler d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative. L'accomplissement d'une mission de police, de service public, ou d'aide aux activités privées d'intérêt général est une condition nécessaire de l'existence de cette notion.

Cette approche logique doit être précisée par l'étude pratique de la question de savoir si les personnes privées sont aptes à exercer l'une quelconque des fonctions de l'administration ou si elles sont exclues de l'exercice de certaines. On étudiera donc successivement l'intervention dans la fonction de police, de service public, d'aide aux activités privées d'intérêt général.

Section I

L'INTERVENTION DANS LA FONCTION DE POLICE

Le halo d'imprécision (31) dans lequel baigne le mot police interdit que l'on parle de celle-ci sans en avoir au préalable précisé le sens. Tout choix est contestable, mais la nécessité d'un tel choix ne l'est pas.

Sous-Section I. — *SENS DONNE AU MOT POLICE.*

Même en laissant de côté la signification du mot police sous l'ancien régime (32) ou dans la pensée d'Hauriou (33), même en

---

(31) Dans la police (mot « élastique »), on peut « faire rentrer tout le droit administratif », Romieu, concl. sur C.E., 10 févr. 1905, Tomaso-Grecco, Rec. 139. V. J. Moreau, Les polices administratives. Théorie générale, J.C.A., Fasc. 200.

(32) Sur « les 11 objets particuliers de la police » selon N. de la Mare, V. « Traité de la Police », cité par J. Castagné, op. cit. note 27, p. 20 et 21. Cf. Olivier-Martin, La police économique sous l'Ancien Régime, Les cours de droit, 1944-1945 : « Sous l'Ancien Régime, on entend par police ce que nous entendons aujourd'hui par Administration... sauf « le maniement des finances » (p. 13).

Sur la police économique sous l'ancien régime, V. Demichel, op. cit., p. 22.

(33) Précis de droit administratif et de droit public, 12e éd., par A. Hauriou, 1933, p. 546 s. : « Les services publics sont des moyens d'assurer la police de la cité au sens élevé du mot ».

écartant le problème de la distinction de la police administrative et de la police judiciaire (34), et de la police administrative générale et des polices administratives spéciales, on trouve sous la plume des auteurs, en plus de l'expression police administrative qui à elle seule mérite des explications, celles de police du service public, police du domaine public, police de la conservation et plus récemment celle de police économique.

Que faut-il rejeter, que faut-il retenir de ces différentes expressions dans la notion de police ? Il n'est pas de mauvaise méthode de procéder par élimination successive.

La police judiciaire doit être écartée sans hésitation en tant qu'elle se rattache au service public judiciaire et non à l'activité administrative de l'Etat.

Pour la raison inverse, la police administrative doit être retenue, sauf à s'entendre sur son contenu. Le choix fondamental qui détermine les autres est de trancher les rapports existant entre police administrative et réglementation. Il y a en doctrine deux conceptions diamétralement opposées. Pour certains auteurs, les deux notions ne coïncident pas : tout règlement n'est pas un règlement de police ; il y a, à côté de cette catégorie définie par référence à l'ordre public, les règlements d'application des lois et les règlements organiques d'un service public (35). D'autres auteurs assimilent, implicitement (36) ou explicitement (37), police et réglementation. Si l'on désire donner au mot de police son sens le plus précis, il convient d'écarter l'assimilation police et réglementation, surtout dans la perspective de cette étude, qui essaie de distinguer autant que faire se peut le point de vue des fins et celui des moyens.

Par voie de conséquence doit être rejetée l'expression police des services publics, qui est « particulièrement impropre, car le mot police revêt ici une signification très générale synonyme de réglementation, ce qui lui ôte toute caractère spécifique » (38).

Bien qu'il ait été soutenu que la police de la conservation soit en réalité un simple aspect particulier de la police générale de l'ordre public (39), cette notion est également écartée de l'étude de la police, car l'expression police est « tout à fait impropre » (40) et ne doit

(34) V. J. Moreau, Police administrative et police judiciaire. Recherche d'un critère de distinction, A.J.D.A. 1963, 69.
C.G. Gour, Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif, L.G.D.J., 1960.
(35) Waline, D.A. 1963, n° 1071, p. 638. Notons en outre que les deux notions ne coïncident pas dans la mesure où la police a d'autres moyens d'action que le procédé réglementaire.
(36) Hauriou, cf. « la police du travail », « la police du repos hebdomadaire », op. cit., note (33), p. 637 ; cf. concl. G. Michel, R.D.P. 1837, 129 : « La réglementation de la durée du travail rentre incontestablement dans la police au sens large ». A quoi Jèze répond : « L'application de la loi sur la durée du travail n'est pas de la police même au sens large ; sinon tout est de la police », R.D.P. 1937. 125.
(37) Ch. Eisenmann, op. cit., note (3).
(38) J. Moreau, article cité, note (34), note 12, n° 4, p. 4.
(39) Cl. Klein, La police du domaine public, Préface de P. Lavigne, L.G.D.J., 1966, p. 185.
(40) Bonnard, D.A., p. 416.

cette appellation qu'aux moyens utilisés et non aux buts poursuivis (41).

Faut-il admettre en revanche la notion d'ordre public économique et corrélativement la notion de police économique ?

La notion de police économique fait une apparition innomée dans la cinquième édition du traité de Droit Administratif (p. 246) de M. Waline : « Depuis 1940 une nouvelle sorte d'intervention de l'Etat s'est manifestée qui emprunte à la police ses procédés formels... mais qui en diffère profondément par son objet ». M. Waline qui, sauf erreur, n'en parle pas dans les éditions ultérieures, y fait explicitement référence dans une note d'arrêt relative à la nature des fonctions de l'O.N.I.C. (42).

Depuis quelques années, l'expression est de plus en plus utilisée par les commissaires du gouvernement (43) et la doctrine (44). C'est M. Martres (45) qui a le mieux analysé les rapports entre la police administrative et la police économique. La police économique n'est pas une police à objet économique (une telle police, qui existe dès l'époque libérale, se borne à réaliser les buts traditionnels de l'ordre public), mais à but économique, c'est-à-dire la réglementation d'une activité économique visant à créer et à faire respecter l'ordre public économique.

En fait, la distinction de la police administrative et de la police économique est moins simple qu'il n'y paraît, surtout en ce qui concerne les polices administratives spéciales. M. Waline fait figurer parmi les polices spéciales l'exemple type de police économique, la police des prix (46). M. Debbasch note que, par les polices spéciales, l'Etat veille à la sauvegarde d'un certain ordre économique (47).
En présence d'une police visant la réalisation d'un certain ordre économique, faut-il la faire figurer dans la catégorie des polices spéciales ou dans celle de la police économique ? (48).

Ces constatations et cette interrogation donnent à penser que la distinction susvisée a une valeur plus descriptive que juridique. Cela n'est pas pour surprendre dans la mesure où les différentes polices utilisent les mêmes procédés formels.

---

(41) De Laubadère, D.A., tome II, n° 310 s., p. 165.

(42) Note sur T.C., 23 nov. 1959, Société mobilière et immobilière de meunerie, R.D.P., 1960, 682 : « La vérité est que, depuis une trentaine d'années, entrent dans les mœurs l'idée et le fait d'une police économique... régulatrice des cours des denrées et de toute l'activité de certaines branches économiques.... ».

(43) Concl. Grévisse, A.J.D.A. 1958.1.7 ; concl. Fournier, R.D.P. 1968, p. 921, et surtout concl. Heumann sur C.E., 28 oct. 1960, Martial de Laboulaye, Dr. Soc. 1961. 145, note critique de P.H. Teitgen (M. Teitgen critique moins la notion de police économique que la conception particulière qu'en a le commissaire du gouvernement).

(44) J. Moreau, article cité note (34), n° 6, p. 91, n° 14, p. 73 ; Juriscl. adm., fasc. 200, n° 40. Notons que, sauf erreur, ni M. Rivero, ni M. Vedel, ni M. de Laubadère n'utilisent la notion de police économique.

(45) J.L. Martres, Caractères généraux de la police économique, th. Bordeaux, 1964.

(46) Waline, D.A., 1963, n° 1076, p. 640.

(47) Ch. Debbasch, Institutions administratives, L.G.D.J. 1966, p. 97.

(48) Il serait possible également de considérer la police économique comme une police spéciale (à la fois par son but et son régime juridique).

Dans une étude se situant pour l'instant davantage sur le plan des buts poursuivis que des moyens utilisés, il n'est pas sans intérêt de distinguer les différentes polices, en classant parmi les polices administratives spéciales celles qui se rapprochent le plus de l'ordre public classique, et dans la police économique celles qui visent un but économique.

En résumé, sont exclues, la police judiciaire en tant qu'elle ne concerne pas une activité administrative, la police des services publics et la police de la conservation en tant qu'elles ne visent pas un but d'ordre public ; sont retenues d'une part les polices administratives (générale et spéciales), d'autre part la police économique, car elles réglementent les activités privées en vue de la sauvegarde de l'ordre public au sens large.

Sous-Section II. — *INTERVENTION DANS LA FONCTION DE POLICE.*

L'intervention dans la fonction de police consiste dans la compétence d'édicter des normes générales ou individuelles, ainsi que dans la réalisation des opérations matérielles tendant à assurer leur exécution, conférée à des personnes privées en matière de police administrative ((générale et spéciales) et de police économique.

Cette définition conduit à procéder à deux exclusions et à une distinction, préalablement à la confrontation des positions doctrinales aux solutions du droit positif.

Conformément au sens donné au mot intervention, doivent être exclues certaines formes de collaboration extérieure à la fonction de police comme la simple observation des règlements de police ou les polices privées, par exemple le service d'ordre réalisé par les membres d'une association ou d'un groupement lors d'une manifestation, sorte de collaboration bénévole pour renforcer ou suppléer les forces de police publiques (49).

Conformément à la notion de police retenue, sont à exclure également les interventions des personnes privées ayant un objet de police, mais ne s'exerçant pas par des moyens de police, c'est-à-dire les services publics à objet de police, ou ce que M. Papanicolaïdis nomme « l'action prestatrice des autorités de police », en se fondant sur l'article 97 § 6 de la loi municipale, qui indique, parmi les attributions de la police municipale, « la distribution de secours en vue de faire cesser différentes calamités » (50). En matière de vaccination obligatoire par exemple, on ne peut parler de police que tout autant que la puissance publique se borne à prescrire la vaccination, mais si elle y pourvoit elle-même par des services créés à cette fin, il est inexact de parler, comme le fait M. Papanicolaïdis, d'action prestatrice des autorités de police. Il s'agit tout simplement

(49) Guiraud, La police et l'ordre public, th. Paris, 1938, p. 49.
(50) Papanicolaïdis, op. cit., p. 89.

d'un service public à objet de police (51). De même, il est inexact de considérer que le contrat passé par une collectivité locale et son concessionnaire pour l'enlèvement des bêtes mortes est « une sorte de marché de police administrative » dont la ville « a concédé l'exercice » en réglant par un cahier des charges « les modalités d'exercice de cette police spéciale » (52). Ce prétendu marché de police administrative n'est rien d'autre qu'une concession de service public ayant un objet de police (53).

La distinction à faire porte sur les deux problèmes essentiels posés par l'intervention des personnes privées dans la fonction de police. Le premier est relatif à la possibilité ou à l'interdiction pour les personnes privées de participer à l'exercice de la police. Le second porte sur la nature du lien juridique par lequel la puissance publique confie à une personne morale de droit privé des compétences de police. Ce dernier problème ne se pose que si l'on ne donne pas une réponse négative au premier. Dire de la police qu'elle ne peut se concéder ne signifie pas nécessairement que cette fonction est insusceptible d'être assumée par des personnes privées, mais exclut simplement qu'elle puisse l'être sur le fondement d'un lien contractuel. Les deux problèmes sont indépendants, bien que la doctrine ne les distingue pas toujours et paraisse considérer que la non concessibilité des compétences de police exclut également la possibilité d'assurer une fonction de police sur le fondement d'un lien unilatéral.

§ 1. — LES POSITIONS DOCTRINALES.

Les auteurs se rangent en deux catégories selon qu'ils rejettent ou admettent l'idée d'intervention des personnes privées dans la fonction de police. Leurs vues n'étant que partielles peuvent ne pas être contradictoires.

A) Les auteurs rejetant l'idée d'intervention des personnes privées dans la fonction de police.

Certains auteurs adoptent une telle position sans autrement la justifier. M. Weil écrit que « seule une collectivité publique peut exercer le pouvoir de police » (54). Selon M. de Laubadère, qui

---

(51) Cf. infra, p. 106.

(52) G. Liet-Veaux, La théorie du service public. Crise ou Mythe ? R.A., 1961, p. 256, à propos de l'arrêt Thérond, 4 mars 1910, Rec. 193, concl. Pichat.

(53) Dans le cas contraire, il faudrait admettre que la plupart sinon même toutes les concessions de services publics du XIX^{e} et XX^{e} siècle, ont consisté en des tâches de police, car les services concédés avaient tous un but de sécurité ou de salubrité publique (balayage, éclairage des voies publiques, enlèvement des ordures ménagères, eaux de consommation). Cf. Teitgen, La police municipale, th. 1934, p. 147. Les transports par voie de chemin de fer même, dans l'esprit des gouvernants, devaient permettre de maintenir plus facilement l'ordre public sur tout le territoire.

Pour la distinction entre la fonction de la police et le service public ayant un objet de police, V. Moreau, article cité note (12).

(54) P. Weil, op. cit., p. 69 (la nature même de l'ouvrage où cette opinion est émise explique son laconisme).

appuie son opinion sur l'arrêt Amoudruz (55), « le pouvoir de police ne peut être concédé à un particulier et l'Administration ne peut se dessaisir de ses responsabilités en ce domaine » (56).

Pour M. Latournerie, qui fonde sa position sur l'arrêt Ville de Castelnaudary, « l'interdiction faite aux autorités administratives de confier [l'exécution de la fonction de police] à des personnes privées » résulte du principe général selon lequel il est nécessaire de « réserver à la juridiction administrative toutes les contestations susceptibles d'avoir sur l'intérêt général une réelle répercussion » et de « l'incompatibilité du régime de droit privé avec certaines activités publiques, distinguées par leur nature en relation avec le but qui leur est assigné » (57).

M. Moreau, qui étudie le plus à fond cette question, estime qu'il est « interdit aux autorités de police de déléguer leurs compétences à des particuliers par voie contractuelle » et que les contrats portant dessaisissement des pouvoirs de police sont nuls. Constatant dans un premier temps qu'une solution contraire irait à « l'encontre du principe général de droit public selon lequel en l'absence de textes formels les compétences ne s'aliènent pas », il substitue à ce fondement (résultant d'une application particulière d'un principe général reposant sur la nature de toute compétence) un fondement spécifique au problème étudié, à savoir « le principe de l'absence de droits acquis en matière de police administrative » (58).

Les auteurs qui dénient à une personne privée la possibilité d'intervenir dans la fonction de police, ou bien paraissent exclure à la fois l'attribution contractuelle et unilatérale du pouvoir de police à des personnes privées (M. Weil, M. Latournerie), ou bien ne prennent pas clairement parti (M. de Laubadère), ou bien limitent leur étude à l'aspect contractuel (M. Moreau).

B) Les auteurs admettant l'idée d'intervention des personnes privées dans la fonction de police (59).

En se fondant sur des considérations historiques, Duguit et Jèze soutiennent que l'intervention des personnes privées dans la fonction de police est possible et peut même résulter d'un contrat de concession (60).

---

(55) V. infra, p. 105 s.

(56) Laubadère (A. de), D.A., n° 967, p. 507 ; Cf. Auby et Drago, C.A., tome I, note (2), p. 425 ; Ch. Debbasch, D.A., p. 188.

(57) Latournerie, op. cit., note (10), p. 131, note 1, et p. 132, note 1.

(58) J. Moreau, op. cit., supra, note (12), p. 8, n° 14 s. et p. 15, n° 42.

(59) Les auteurs, qui assimilent police et réglementation sont conduits à admettre que participe à la fonction de police toute personne privée investie du pouvoir réglementaire, même si celui-ci est sans relation avec le maintien de l'ordre public. Sur la question du pouvoir réglementaire des personnes privées en général, V. infra, p. 145 s. En revanche, l'affirmation de certains libéraux selon laquelle « de libres associations suffiraient à pourvoir à la sécurité intérieure et extérieure », ne signifie pas qu'ils considèrent que les personnes privées interviennent dans la fonction de police, mais exprime l'idée que l'activité de police pourrait n'être qu'une activité purement privée. (J. Marchal, visant G. de Molinari, in Nature et contenu de l'économie financière, Revue de Science et de législation financière, 1940-1946, p. 163).

(60) Duguit, De la situation de particuliers à l'égard des services publics, R.D.P. 1907. 411 ; Jèze, Principes généraux du droit administratif, 3e éd., tome 2, p. 64.

Selon M. Rivero (61), un concessionnaire peut être délégataire du pouvoir de police, par exemple en matière de chemins de fer (62). M. Moreau précise la répartition des compétences en cette matière entre le préfet et le concessionnaire (63).

M. de Laubadère note que « les organismes et agents qui participent à la police de la chasse et de la pêche sont des institutions de droit privé » (64).

M. Théry donne différents exemples de « concours apporté par des groupements privés à des tâches de police », en matière de polices spéciales (65).

M. Martres enfin estime que les personnes privées peuvent exercer des compétences en matière de police économique (66).

Dans quelle mesure ces affirmations sont-elles compatibles ou contradictoires ?

C) Synthèse des positions doctrinales.

Il est possible de parler de synthèse des positions doctrinales, car celles-ci, loin de s'opposer, s'harmonisent parfaitement.

MM. Latournerie, de Laubadère, Weil et Moreau paraissent s'opposer à Duguit et à Jèze en ce qu'ils estiment, contrairement à ces derniers, que le pouvoir de police administrative générale ne peut être exercé par des personnes privées. En fait, il n'en est rien, car les uns se situent en droit positif, les autres dans une perspective historique.

Comme MM. Latournerie, de Laubadère et Weil, MM. Rivero, Moreau, Théry et Martres se situent dans une perspective de droit positif, mais contrairement aux premiers, visent non pas la police administrative générale, mais des polices spéciales ou la police économique.

Les positions de MM. de Laubadère et Moreau, qui figurent à la fois parmi les auteurs qui rejettent et admettent l'idée d'exercice de la police par des personnes privées, ne sont nullement contradictoires ; dans un cas, ils parlent de la police administrative générale et dans l'autre, d'une police spéciale.

De ce qui précède, il résulte que la synthèse des opinions doctrinales tient en deux propositions : 1° Exclusion de l'intervention des personnes privées dans la police administrative générale ; 2° Admission de l'intervention des personnes privées dans les polices spéciales et la police économique.

Il importe d'en vérifier la conformité avec le droit positif.

(61) Rivero, D.A., n° 480, p. 405.
(62) Il en est de même en droit allemand, V. Fleiner, Les principes généraux du droit administratif allemand, Paris, Delagrave, 1933, note 2, p. 204, et p. 210.
(63) Moreau, J.C.A., fasc. 200, n° 168 et 180.
(64) De Laubadère, D.A., tome III, n° 261, p. 176.
(65) R. Théry, L'octroi d'un monopole à une association, Dr. soc. 1969, p. 421.
(66) Martres, op. cit., tome 2, p. 14.

§ 2. — LES SOLUTIONS DU DROIT POSITIF.

L'absence de texte en matière de police générale a conduit le juge à se prononcer, alors qu'en matière de polices spéciales et de police économique l'existence de textes législatifs ou réglementaires précis lui a évité d'avoir à le faire.

L'étude de la jurisprudence et des règles écrites n'aboutit pas à remettre en cause la synthèse des opinions doctrinales, mais la complète sur certains points.

A) La police administrative générale, domaine d'intervention interdit.

L'interdiction de l'intervention des personnes privées dans la police administrative générale résulte implicitement de l'absence d'habilitation (67).

Cette proposition rend compte du droit positif ,mais n'est pas toujours vérifiée historiquement.

Différents auteurs ont montré l'importance de l'intervention des personnes privées dans la fonction de police administrative générale sous l'ancien régime (68). Les communautés d'habitants, notamment, alors considérées comme personnes privées, ont des pouvoirs de police générale (69). Duguit, qui soutient, on l'a vu, que tous les services publics y compris ceux de police peuvent être concédés, indique comme exemple les compagnies de colonisation (70). La charte précisant les compétences de l'une d'entre elles mentionne « le droit de prendre tels règlements qu'elle jugera utile pour la police des territoires » (71).

Dans la période récente, s'il n'y a pas d'exemple d'attribution à des personnes privées d'une compétence d'édiction de normes générales de police, on trouve des cas où elles sont investies d'attributions matérielles de police administrative générale. La Milice française, qui est juridiquement une association reconnue d'utilité publique, est composée de « volontaires... aptes à concourir au maintien de l'ordre intérieur » (72). Le Conseil d'Etat a constaté que cette institution revêt le caractère d'un « service supplétif de police » (73), « appelé à collaborer à la police administrative générale » (74).

---

(67) Cela résulte parfois explicitement d'une clause du cahier des charges stipulant que n'est conféré au concessionnaire aucun droit d'intervenir dans la police de la grande voirie ou dans celle de la circulation et de l'usage des quais (en matière de concession d'outillage public par exemple).

(68) Olivier-Martin, op. cit., note (32), p. 32 s. ; Bertrand, op. cit.

(69) Si, comme une grande partie de la doctrine, on considère que les communes sont restées des personnes privées même après la révolution de 1789 — ce que nous n'avons pas fait dans cette thèse bien que le juge administratif paraisse avoir tiré d'une telle qualification de nombreuses conséquences juridiques pendant tout le XIX^{e} siècle — celles-ci sont alors des personnes privées investies d'un pouvoir de police administrative générale.

(70) Duguit, op. cit. (60).

(71) D. Bègue, L'organisation juridique de la Compagnie des Indes, th. Paris, 1936, p. 94.

(72) Cf. a. 2 des statuts annexés à la loi du 30 janvier 1943 (J.O., 31 janv., p. 290).

(73) C.E., 22 fév. 1950, Duez, Rec. 118.

(74) C.E., 25 juin 1952, Mlle Remise, D. 1952, 168, note Morange.

En droit positif, aucun texte ne confère une compétence de police générale à des personnes privées (75).

A défaut d'habilitation législative, l'intervention pourrait trouver un fondement juridique dans la jurisprudence si le juge consentait à considérer comme légales les délégations du pouvoir de police — ne reposant sur aucun texte — consenties par les autorités administratives à des personnes privées.

Ni le juge judiciaire, ni le juge administratif n'ont accepté de s'engager dans cette voie.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation a jugé que la compétence d'accorder des permis de stationnement sur la voie publique moyennant le paiement d'une taxe, qui relève des pouvoirs de police de l'autorité municipale, ne peut être déléguée au concessionnaire des droits de place (76).

Plusieurs décisions des juridictions administratives sont également invoquées par la doctrine à l'appui de l'idée d'interdiction de l'intervention des personnes privées dans la fonction de police ; certaines paraissent l'être à tort.

L'affaire Ville de Castelnaudary pose le problème de la légalité de la délibération d'un conseil municipal ratifiant l'abonnement souscrit par un maire à une fédération privée pour l'utilisation d'un de ses gardes particuliers à la surveillance de propriétés rurales. Le Conseil d'Etat décide que le « service de police rurale par sa nature ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'Administration ; qu'en confiant la charge de ce service à une fédération de propriétaires privés, le conseil municipal a excédé ses pouvoirs » (77). Une telle motivation, qui n'est guère plus que l'affirmation de l'idée selon laquelle la nature du service de police rurale exige que cette activité soit assurée en régie, n'est pas des plus exactes. Aucune attribution de l'Etat, l'histoire le montre, ne répugne par nature à être assumée par des personnes privées (78). Toutes l'ont été en fait (79).

Les conclusions du commissaire du gouvernement permettent de mieux comprendre les raisons du Conseil d'Etat. En parlant de nature particulière du service de police, celui-ci vise le caractère obligatoire (et non pas facultatif) du service. Or, selon le commissaire

(75) Sauf en ce qui concerne l'U.N.A.T. ; cette association régie par la loi de 1901 est chargée depuis 1926 de fournir aux préfets les avis d'experts sur la capacité des candidats à l'obtention d'un permis de conduire les véhicules automobiles.

S'il ne s'agit pas d'un pouvoir de décision, il ne s'agit pas non plus d'un simple avis facultatif. L'article 123 du code de la Route précise que le permis ne peut être délivré que sur avis favorable des experts (qui relèvent de l'U.N.A.T.).

(76) Cass. crim., 14 juin 1913, n° 294, p. 581, cité par Moreau, Cf. article note (12), p. 12.

(77) C.E., Ville de Castelnaudary, 17 juin 1932, Rec. 595 ; D.P. 1932.III.26, concl. Josse.

(78) Et notamment la police rurale, qui, en Espagne, dans un passé lointain, relevait d'une association privée bien connue, La Sainte Hermandad (Cf. Cervantes).

(79) Pour une critique du critère tiré de la nature de l'activité, V. Bénoit, D.A., n° 1482, p. 793, qui le qualifie de « néant juridique ».

du gouvernement, c'est seulement pour les services facultatifs qu'une personne publique peut recourir à des organismes privés subventionnés (80). Cette argumentation n'est pas probante, car nombreux sont les services publics obligatoires que les collectivités publiques n'assurent pas en régie.

D'une manière plus pertinente, le commissaire de gouvernement indique qu'un service doit fonctionner dans les conditions de la loi ; or la loi a confié le service dont s'agit au maire, qui ne peut s'en dessaisir. Plutôt que d'invoquer la nature du service, il eut été plus exact de recourir au principe général selon lequel, sauf texte contraire, les compétences ne sont pas transmissibles.

Tel est d'ailleurs le motif justement donné par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand dans une espèce relative à la décision d'un préfet subordonnant l'exercice de toute activité de vente dans les enceintes d'un circuit de compétition motocycliste à une autorisation devant être délivrée par une personne privée. Le tribunal a jugé que cette décision « contrevient au principe de droit public selon lequel, sauf possibilité de délégation de compétence prévue par un texte exprès, une autorité quelconque doit exercer elle-même les pouvoirs dont elle est investie par la loi et ne peut, en tout état de cause, se démettre de ses pouvoirs entre les mains d'un particulier » (81).

Pour justifier l'interdiction de toute délégation des pouvoirs de police à des personnes privées, certains auteurs s'appuient sur d'autres décisions que celles susvisées et notamment sur l'arrêt Prade et l'arrêt Amoudruz.

L'arrêt Prade ne peut être utilement invoqué en ce sens. Il est bien relatif à un problème de légalité de l'attribution des pouvoirs de police à une personne privée, mais le Conseil d'Etat n'a pas eu à juger au fond, car le moyen invoqué par le requérant manque en fait : « la convention approuvée par le conseil municipal ne comporte aucune délégation au syndicat d'initiative des pouvoirs de police du maire » (82).

Dans l'espèce Amoudruz, le Conseil d'Etat juge que la circonstance qu'une commune confie à son cocontractant l'exploitation du service des bains et le charge « d'assurer, en ses lieu et place, l'exécution de diverses mesures spécifiées dans la convention en vue de la protection des baigneurs ne saurait, s'agissant de l'accomplissement d'une mission afférente à l'exercice de la police municipale, dégager

(80) On ne peut manquer de relever l'influence d'Hauriou, qui, dans une note sur l'arrêt commune de la Bassée (Notes, tome I, p. 326 ; S. 1910.3.49) écrit : « La liberté pour les communes de s'assurer par des subventions le concours d'organismes privés, n'existe qu'en ce qui concerne les services facultatifs et non les services obligatoires ». « Le procédé de la subvention... ne serait pas de mise... si, à raison de sa nature, le service ne pouvait être rendu par des agents de la force publique ».

(81) T.A. Clermont-Ferrand, 1er juillet 1960, Dame Geneix, Rec. 800. Pour une application du principe à une personne publique, V. C.E., 10 déc. 1962, Association de pêche et de pisciculture d'Orléans, Rec. 675 ; Cf. J. Moreau, op. cit. note (12), n° 28 et 29.

(82) C.E., 18 déc. 1936, Prade, D. 1938.3.70, Concl. P.L.J. Contra P.M. Juret, Le domaine public maritime, Dalloz, 1964, p. 166, note 3.

cette collectivité administrative de la responsabilité qu'elle peut encourir directement envers la victime d'un accident... du fait de l'existence d'une faute lourde commise dans l'exécution desdites mesures... » (83).

La doctrine estime que le Conseil d'Etat fait application du principe selon lequel la police ne se concède pas (84). Cette opinion paraît doublement inexacte. La décision Amoudruz décide simplement que la responsabilité d'une commune est engagée à cause de l'activité dommageable d'une personne privée intervenant dans l'action administrative. Une telle solution, dont on trouve d'autres exemples en matière de police (85) ou de gestion des services publics (86), ne préjuge nullement du caractère légal ou illégal de l'attribution de la compétence de police à une personne privée. Même dans le cas d'une délégation légale, il arrive que le juge déclare responsable la collectivité publique délégante.

D'autre part, il est permis de se demander si la mission assumée par le cocontractant de la commune relève bien de la notion de police. L'arrêt, tel qu'il est rédigé, ne permet pas de répondre, car il se borne à parler de « diverses mesures spécifiées dans la convention en vue de la protection des baigneurs ». Or, pour déterminer s'il y a police ou non, tout le problème est de savoir quelle est la nature de ces mesures. Le commentaire de deux membres du Conseil d'Etat, suppléant en partie au silence de la Haute Juridiction, permet d'aller plus avant dans l'analyse de cet arrêt (87).

L'espèce Amoudruz est incontestablement relative à une activité relevant d'une matière de police municipale (le Conseil d'Etat l'indique d'ailleurs), mais cela ne signifie nullement qu'il s'agit de la fonction de police. Pour assurer l'ordre public, les autorités administratives peuvent utiliser indifféremment le procédé de la police ou celui du service public (88), ou encore les deux à la fois. Il serait erroné d'inférer que le cocontractant de l'administration assure une fonction de police du fait qu'il gère un service public ayant un objet de police (89). Les mesures diverses visant la protection des baigneurs dont parle le Conseil d'Etat peuvent consister soit en mesures de police (réglementations, mesures individuelles), soit en la gestion d'un service public de sauvetage.

Dans l'affaire Amoudruz, le dommage a été causé par le fait d'un canot de sauvetage qui n'a pu être utilisé pour porter secours aux baigneurs en danger, activité qui relève non de la notion de police, mais de celle du service public.

Si les deux raisons avancées sont exactes, c'est à tort qu'une partie de la doctrine fonde sur cet arrêt la règle de l'interdiction de l'intervention des personnes privées dans la fonction de police.

---

(83) C.E., 28 mai 1958, Amoudruz, Rec. 301.
(84) V. supra, note (56). Adde, Fournier et Combarnous, A.J.D.A. 1958.II.309.
(85) Cf. supra, notes (73) et (74).
(86) Cf. infra, p. 300 s.
(87) V. note (84).
(88) Pour la distinction de la police et du service public en matière de protection civile, V. de Laubadère, D.A., t. 3, p. 191 et 192, n° 295.
(89) Cf. supra, p. 99 s.

Quoiqu'il en soit, l'accord est réalisé sur l'essentiel, à savoir qu'en droit positif les personnes privées ne sont pas habilitées à intervenir dans la fonction de police administrative générale. Cette règle ne doit pas être étendue à toute police quelle qu'elle soit.

B) Polices spéciales et police économique, domaine d'intervention autorisé.

Il convient de préciser l'intervention des personnes privées dans ces deux catégories de police.

1) *L'intervention des personnes privées en matière de polices spéciales.*

Pour connaître l'étendue de l'intervention des personnes privées dans les polices spéciales, il suffit de se reporter aux textes institutifs (90). En se plaçant à divers points de vue, il est possible de faire les constatations suivantes.

L'intervention a pour objet les polices spéciales de la chasse (91), de la pêche (92), des chemins de fer (93), de la course de chevaux (94), des appareils à vapeur (95), de la colombophilie (96).

Les agents de l'intervention sont respectivement les fédérations départementales de chasseurs, les fédérations départementales de pêche, la Société nationale des chemins de fer français, les trois « sociétés mères », les associations de propriétaires d'appareils à vapeur (A.P.A.V.E.), la fédération nationale des associations colombophiles.

Certaines de ces institutions sont des « autorités de police » alors que d'autres font simplement partie des « forces de police ». Les unes ont compétence pour édicter les règles générales ou individuelles de police (courses, chemins de fer, colombophilie), les autres ont surtout des attributions matérielles de contrôle et de surveillance (appareils à vapeur, pêche, chasse).

---

(90) Pour une liste des différentes polices spéciales, V. Waline, D.A., 1963, n° 1076, p. 640 ; A. de Laubadère, D.A., n° 965, p. 507 ; F.P. Bénoit, D.A., n° 1411, p. 764.

(91) Articles 384, 396 du Code rural ; C.E., 4 avril 1962, Chevassier, D. 1962, p. 327, concl. Braibant.

(92) Loi 12 juillet 1941. C.E., 30 avril 1951, Pannetier, Rec. 240.

(93) D. 22 mars 1942, J.O., 23 août, p. 2889.

C.E., 27 nov. 1967, Dlle Labat, R.D.P. 1968, 656, concl. Baudouin, note Waline. « La S.N.C.F. est compétente pour faire respecter les règlements relatifs à la protection du domaine public du chemin de fer et à la sécurité de l'exploitation et du trafic, il ne lui appartient, toutefois, pas d'assurer le bon ordre dans les gares, sauf dans les parties de celles-ci qui, étant uniquement affectées au service, sont interdites à la circulation publique ».

(94) Arrêté du 16 mars 1866, dit Arrêté Vaillant, cité par L.F. Gabolde, Les sociétés de course, th. Paris, 1937, p. 220-221.

Sur la légalité de ce texte, note Michoud, S. 1892.2.297. Cass. crim., 21 juillet 1955, D. 1955, p. 749, rapport de M. le conseiller Patin.

(95) D. 2 avril 1926, a. 5 (délivrance des certificats visés à cet article pour le contrôle des épreuves d'appareils à vapeur). V. arrêté du 7 septembre 1966, portant agrément d'A.P.A.V.E. (J.O., 12 oct., p. 9008).

(96) Loi 27 juin 1957, a. 5 (établissement par la Fédération... d'un règlement « uniforme » et obligatoire pour toutes les associations) ; d. 22 avril 1958, a. 8 (répartition de la bague matricule).

La distinction habituellement faite par la doctrine au sein des polices spéciales entre les polices qui, tout en ayant un régime différent de celui de la police générale, n'en poursuivent pas moins les mêmes buts et celles qui ont à la fois des buts et un régime différents, est applicable. Les personnes privées participent tant à des polices dont la spécialité ne touche que le régime (police des chemins de fer) qu'à des polices dont la spécialité porte à la fois sur le régime et les buts poursuivis (chasse, pêche, colombophilie, course de chevaux, appareils à vapeur) (97).

La liste des polices spéciales indiquées se veut la plus complète possible, mais ne prétend pas être exhaustive. Il faut tenir compte de ce que la notion de police spéciale a été entendue de manière étroite, puisque certaines polices considérées par les auteurs comme polices spéciales sont comprises dans la police économique.

2) *L'intervention des personnes privées en matière de police économique* (98).

C'est le secteur dans lequel l'intervention des personnes privées est la plus importante historiquement et le demeure en droit positif.

L'attribution de compétences de police économique à des personnes privées n'est pas une innovation de l'Etat interventionniste ou dirigiste. Dès la seconde moitié du XIX^{e} siècle (99) et au début du XX^{e} siècle (100), des personnes privées ont été habilitées à intervenir dans la police économique et plus précisément en matière de répression des fraudes. A partir des années trente (101), la partici-

---

(97) Sur la combinaison d'une police spéciale relevant d'une personne privée et d'une police spéciale relevant d'une autorité administrative. Cf. arrêt cité, note (93). V. J. Moreau, Juriscl. adm., fasc. n° 200, n° 168 et 180.

(98) Sont exclus de ces développements ce que M. Martres appelle les « autorités mixtes » de police économique (mi-étatique, mi-professionnelle) et qui juridiquement sont, soit des établissements publics dont le caractère corporatif est plus ou moins accentué (I.N.A.O., O.N.I.C.,...), soit des autorités administratives collégiales non personnalisées.

(99) La compagnie générale des allumettes, investie du monopole de la fabrication puis du droit exclusif de vente, avait reçu le pouvoir de perquisitionner chez les particuliers soupçonnés de fraude et de dresser des contraventions (Loi du 15 mars 1873), V. Blanche, Dictionnaire général d'administration, « Allumettes », p. 45 et s. ; Cf. G. Péquignot, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, th. Montpellier, 1945, p. 554, note 16.

(100) Art. 65 de la loi de finances du 27 février 1912 relatif au commissionnement d'agents « des syndicats agricoles ou commerciaux, associations de consommateurs... » devant concourir à la recherche et à la constatation des infractions à la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises.

Cf. L. Rolland, La collaboration des agents des syndicats à la répression des fraudes, R.D.P. 1912, 500.

(101) Attribution à une association de la loi de 1901 (« C.I.C.I. ») de la compétence de délivrer les permis d'importation pour différents produits agricoles (L. Salleron, L'évolution de l'agriculture française du régime foncier au régime corporatif, th. Paris, 1937, p. 141 s. et arrêté du 10 nov. 1931, article 5 ; M. Court, Le statut juridique de l'Office national interprofessionnel des céréales, 2^{e} éd., 1954, p. 17).

Malgré l'échec du projet de loi Flandin-Marchandeau sur les ententes obligatoires (Cf. Jeanneney et Perrot, Textes de droit économique et social français, Armand Colin, 1957, p. 403), plusieurs textes particuliers accordent à des organismes professionnels constitués selon la loi sur les syndicats ou sur les associations le pouvoir d'établir une réglementation professionnelle obligatoire

pation s'est intensifiée, pour atteindre son plus haut niveau sous le régime de Vichy (102). A la Libération, certaines attributions de personnes privées en matière de police économique sont prorogées, d'autres supprimées dans les secteurs rendus à la liberté économique ; des attributions nouvelles (ou fondées sur des textes nouveaux) leur sont conférées (103).

En droit positif, l'intervention des personnes privées en matière de police économique est encore considérable tant par l'étendue du domaine d'intervention que par la nature des compétences exercées.

Aux attributions acquises pendant ces différentes périodes en matière « de police économique générale » : répression des fraudes (104), normalisation (105), police des prix (106), ou de « polices économiques spéciales » : organisation de la profession bancaire (107), application de la loi relative au marché du cheval (108), répartition de certains produits (109), s'ajoutent notamment dans la période

---

(d. 9 mai 1936 relatif à la chicorée à café ; d. 8 août 1935 et d. 30 oct. 1935 sur les accords de contingentement de production de sucre ; décret-loi du 24 mai relatif aux comités des pêches maritimes (habilités à « prendre dans le domaine économique toutes dispositions [obligatoires pour toutes les entreprises industrielles, artisanales et commerciales dont la profession est représentée au sein des comités qu'elles soient adhérentes ou non auxdits comités] ayant pour but d'améliorer les conditions de production de vente des produits de mer). Sur ces comités (placés sous le régime de la loi de 1901), V. P.H. Teitgen, Dr. Soc. 1938, 278, et F. Chappelu, Les expériences françaises d'organisation professionnelle, th. Lyon, 1940).

(102) Loi du 17 septembre 1940 sur les syndicats agricoles, Cf. C.E., 28 juin 1946, Morand, S. 1947.3.19. Loi du 23 oct. 1941, art. 7 sur les groupements nationaux d'achat.

(103) L'article 6-3° de l'ordonnance n° 1484 du 30 juin 1945 confie à divers organismes privés des pouvoirs en matière de constatation, poursuite, et répression des infractions à la législation économique (abrogé par la Loi du 28 nov. 1955. Cf. P. Lebouleux et R. Pollet, Infractions à la législation économique, Juriscl. adm., fasc. 293, n° 79 ; Martres, op. cit. tome 3, p. 58).

Cf. Loi du 26 avril 1946 portant dissolution d'organismes professionnels et organisation pour la période transitoire de la répartition des produits industriels.

Contentieux : C.E., 18 janv. 1950, Syndicat général des industries mécaniques et transformatrices des métaux, Rec. 32.

Cf. d. n° 158 du 25 janv. 1949 autorisant le ministre des finances à déléguer ses pouvoirs de répartition (pour une application, V. les deux arrêtés du 29 déc. 1949 habilitant le G.N.A.P.O. à délivrer les permis spéciaux de déblocage concernant certains corps gras importés).

Contentieux : C.E., 30 juin 1954, Société G. Lesieur, Rec. 398.

Cf. Ord. 14 août 1945 portant réorganisation des pêches maritimes (Si l'on admet que les comités des pêches maritimes sont des personnes privées). Sur ce point, V. supra, p. 45 s.

(104) Cf. note (100).

(105) D. 24 mai 1941 (Afnor).

(106) Art. 1er-5°, Ord. n° 1483 du 30 juin 1945.

(107) Art. 10, 25, 26 de la Loi du 13 juin 1941 (Association professionnelle des banques).

(108) Loi du 12 avril 1941 ; V. Arr. du 4 déc. 1949 habilitant l'U.N.I.C. à assurer le secrétariat des cartes professionnelles de marchands de chevaux (J.O., 25 déc.). Contentieux : C.E., 31 mai 1944, Lambert, 156 ; C.E., 22 déc. 1948, Syndicat du marché français des chevaux de boucherie et d'occasion, Rec. 488.

(109) Loi du 24 mai 1951 et d. n° 631 du 31 mai 1952 (chicorée à café). Contentieux : C.E., 27 avril 1956, Cailliau-Pote, Rec. 536 ; 20 janv. 1956, S.A.R.L. Leroux, Rec. 25, A.J.D.A. 1956.2.85.

récente des pouvoirs de police en matière d'organisation des marchés agricoles (110).

A titre d'exemple, une application intéressante et probablement peu connue d'intervention des personnes privées dans la fonction de police économique, celle relative aux compétences de la Société Interlait en matière de dénaturation des laits écrémés en poudre. La dénaturation est subordonnée à la délivrance d'un permis (111) de dénaturation donné par cette société en application d'un règlement de dénaturation qu'elle établit elle-même et rendu exécutoire par homologation (112).

Ces compétences seront analysées d'une manière plus précise lors de l'étude des actes juridiques unilatéraux des personnes privées (Infra, II° partie, titre I). Il suffit, dans les présents développements qui visent davantage à montrer les buts poursuivis (la recherche d'un certain ordre public économique) que les moyens juridiques utilisés, d'indiquer l'importance de l'intervention des personnes privées en matière de police économique.

En conclusion, la formule « le pouvoir de police ne se concède pas » ne doit pas être interprétée comme signifiant l'exclusion des personnes privées de l'exercice de toute police, puisqu'aussi bien l'existence d'une intervention a été constatée en matière de police économique et de polices spéciales (souvent d'ailleurs sur le fonde-

---

(110) Loi 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole conférant aux comités économiques agricoles le pouvoir d'édicter des règles destinées notamment à organiser et discipliner la production, règles qui, après extension par arrêté ministériel, acquièrent force obligatoire pour l'ensemble des producteurs de la région considérée (a. 15 et 16).

Loi 6 juillet 1964 tendant à définir les principes et modalités du régime contractuel en agriculture permettant aux organisations professionnelles les plus représentatives de conclure des accords professionnels à long terme en vue de réglementer les rapports entre producteurs, acheteurs et ransformateurs, accords qui, après extension ont un caractère obligatoire à l'égard de ceux-ci (a. 1, 2 et 7).

Cf. A. Garrigou-Lagrange, Production agricole et économie rurale, Paris, L.G.D.J., 1939, p. 204.

(111) Sur les permis spéciaux de déblocage donnés par une autre société d'intervention constituée en application du décret n° 933 du 30 septembre 1953, V. Arr. du 16 janv. 1962, J.O., 3 févr., p. 1191.

(112) Art. 1 à 3 de la convention du 18 mai 1967 (non publiée). Des agents d'Interlait sont habilités à contrôler les conditions d'exécution de la dénaturation (convention dont la durée est limitée, sauf résiliation, à la campagne 67-68).

Il est intéressant de noter l'incidence du Marché commun sur cette compétence : « Toute modification de réglementation de la C.E.E. ayant un caractère obligatoire et affectant les dispositions de la présente convention lui sera applicable immédiatement et de plein droit ».

De ce point de vue et en ce qui concerne les pouvoirs de l'A.T.I.C., voir A. de Laubadère, Règlement amiable du contentieux opposant le Gouvernement français à la Haute Autorité de la C.E.C.A. au sujet du régime juridique de l'importation charbonnière en France, A.J.D.A. 1961, 476. En ce qui concerne les pouvoirs de la Société commerciale de potasse d'Alsace, voir R. de Beaumont, L'aménagement des monopoles d'Etat français privés par l'article 37 du Traité de Rome, th. Paris, p. 276 s. (L'autorisation d'importation est automatiquement accordée, p. 281) ; V. la recommandation de la Commission du 12 avril 1962 à ce sujet, J.O.C.E. du 23.6.1962 et R. de Beaumont, op. cit., p. 326 s.

Sur ce même problème, mais à propos de la Société professionnelle des papiers de presse, V. Blin, Chavanne, Drago, Traité du Droit de la Presse, Librairies Techniques, 1969, n° 871, p. 645.

ment d'un lien contractuel). Elle indique simplement l'inexistence en l'état du droit actuel de toute possibilité d'habilitation contractuelle en matière de police administrative générale. En soi, celle-ci n'est pas plus insusceptible d'être exercée par des personnes privées que n'importe quelle autre activité prise en charge par les gouvernants (113).

Section II

INTERVENTION DANS LA FONCTION DE SERVICE PUBLIC

L'expression fonction de service public a été choisie de préférence à celle de gestion des services publics afin de ne pas préjuger la nature de l'intervention.

Le premier problème est en effet de savoir si l'intervention des personnes privées est limitée à la gestion des services publics ou si elle peut éventuellement avoir pour objet leur création ou leur organisation. C'est une question de niveau d'intervention (aspect vertical).

Le second problème consiste à se demander si parmi l'ensemble des services publics pris en charge par une personne publique, il s'en trouve qui, pour diverses raisons, ne sont pas susceptibles d'être gérés par des personnes morales de droit privé (aspect horizontal).

§ 1. — LA NATURE DE L'INTERVENTION.

La définition du droit public par Jèze — l'ensemble des règles relatives à la création, à l'organisation et au fonctionnement des services publics — permet de bien distinguer les trois niveaux d'exercice des compétences en matière de service public (114).

Lorsque la doctrine évoque le problème de l'intervention des personnes privées dans les services publics, elle parle généralement de gestion des services publics par des personnes privées, ce qui vise manifestement le seul fonctionnement du service.

Si tel est bien le domaine d'élection de l'intervention, le problème doit être posé de la manière la plus large qui soit, afin de préciser le rôle éventuel des personnes privées dans la création, l'organisation, le fonctionnement des services publics.

---

(113) La régulation de la circulation à New-York a été confiée à une société privée, Le Monde, 20 août 1968, p. 11 (« Les services publics américains seront-ils confiés à des sociétés privées ? »).

(114) Jèze, Le service public, Revista de drept public, 1926, p. 162. Dans les développements qui suivent l'expression service public est utilisée en fait dans un sens qui l'oppose à l'activité privée et non à la police ou à l'aide aux activités privées d'intérêt général.

A) Absence d'intervention dans la création des services publics.

Créer un service public, c'est décider que la satisfaction de tel besoin d'intérêt général, au lieu d'être assurée par l'initiative privée, le sera par la puissance publique (115).

La doctrine considère que seuls les pouvoirs publics ont l'initiative de création de service public. Lorsqu'elle traite du problème de la création du service public, ce n'est pas pour démontrer que celle-ci relève des gouvernants, mais pour préciser la répartition des compétences entre les différentes autorités de l'Etat (problème renouvelé depuis l'entrée en vigueur de la constitution du 4 octobre 1958 et dont les solutions générales sont bien établies) (116).

D'un point de vue juridique aussi bien que politique, il est difficilement concevable en effet que la création d'un service public ne relève pas des gouvernants. Cette règle nécessaire est pourtant contestée par M. Montané de la Roque, qui estime que les individus peuvent créer eux-mêmes des services publics (117). Pour montrer que l'initiative individuelle peut être créatrice de service public, il invoque les faits et la jurisprudence (118).

Sur le terrain des faits, M. Montané de la Roque se fonde sur ce qu'un établissement public comme l'Ecole Centrale doit son origine à l'initiative privée. De ce qu'une institution créée par une personne privée est ultérieurement transformée en établissement public, cet auteur déduit qu'une personne privée peut créer un service public. Pour arriver à une telle solution, il est obligé d'admettre implicitement soit qu'une activité peut constituer un service public avant même d'avoir été prise en charge par les gouvernants, soit que la transformation d'une activité privée en activité de service public rétroagit jusqu'au jour de sa « création » par l'initiative privée.

Ces deux justifications possibles de l'opinion de M. Montané de la Roque ne sauraient être acceptées. Il est fréquent en effet que l'Etat décide de satisfaire, par le procédé du service public, des besoins qui jusque-là étaient satisfaits par l'initiative privée (119). C'est la création d'un service public par transformation d'une activité privée préexistante, par opposition à la création ex nihilo. Cela ne signifie nullement que l'activité assumée par la personne privée avant sa prise en charge par les pouvoirs publics soit une activité de service public (120).

---

(115) Cf. Jèze, Principes, 2e éd. 1914, tome I, p. 298.

(116) Waline, D.A., 1963, n° 1149, p. 688 ; de Laubadère, D.A., n° 1006 et 1007, p. 529 ; Rivero, D.A., n° 455, p. 384.

(117) P. Montané de la Roque, L'inertie des pouvoirs publics, th. Toulouse 1948, p. 231.

(118) Cet auteur cite l'arrêt de la Bigne de Villeneuve dont on a déjà vu que l'interprétation était délicate et qui sera donc écarté du débat.

(119) De nombreux établissements publics ont une origine privée et ont été créés soit par l'initiative privée, soit par l'Eglise. Cf. Michoud, op. cit., p. 123 ; Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 11e éd., 1947, tome I, n° 904, p. 723. Comme le note Michoud, l'Etat ne les a pas créés, mais seulement transformés en service public.

(120) En sens inverse, il n'est pas automatique que soit une activité de service public l'activité anciennement assurée par une collectivité publique à qui succèdent une ou des personnes privées. Il en sera ainsi dans le cas où la collectivité renonce à exploiter le service en régie pour en confier la gestion à une personne privée ; mais il peut aussi s'agir de la suppression d'un service public.

On peut raisonner sur un exemple récent comparable à celui donné par M. Montané de la Roque. L'Ecole Libre des Sciences Politiques a été créée par l'initiative privée ; du fait de sa « nationalisation » en 1945, on ne saurait inférer que celle-ci constituait une activité de service public dès sa création. Avant cette date, l'activité assumée par cette école, n'étant pas prise en charge par les gouvernants, ne pouvait être qu'une activité privée (121).

De même, il ne faudrait pas déduire que des personnes privées sont compétentes pour créer un service public de ce qu'elles sont associées à la création de l'organisme chargé de le gérer (122).

L'incompétence des personnes privées pour créer un service public emporte incompétence pour supprimer un tel service.

B) Le problème de l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'organisation du service public (123).

En différents domaines du droit administratif, la notion d'organisation correspond à une notion juridique plus ou moins précise entraînant des effets précis (124). En matière de service public, il n'en est pas de même et le fait qu'une mesure ait trait à l'organisation du service public est sans influence sur la répartition des compétences entre l'autorité législative et l'autorité réglementaire (125).

G. Jèze (126) et M. Waline (127), notamment, se sont attachés à définir la notion d'organisation d'un service public. La position de ces deux auteurs est concordante. Ils indiquent chacun trois objets principaux dans l'organisation d'un service public : 1° le choix de la collectivité territoriale sous la direction de laquelle se fera la gestion du service public (Etat, département, commune) ; 2° le choix du mode de gestion (régie, concession) ; 3° le choix de la nature de service public (monopolistique ou non). Ils ajoutent également la

---

(121) V. Rain, L'Ecole libre des Sciences Politiques 1871-1945. Paris, 1963, Fondation Nationale des Sciences Politiques (Sur les conditions de la transformation de son statut, V. J. Chapsal, p. 125). J.O., 15 oct. 1945.

(122) Ex. : Les centres techniques industriels qui ne peuvent être créés par l'autorité publique qu'en cas d'accord des organisations syndicales les plus représentatives de branches d'activité concernées.

(123) Ne pas confondre les pouvoirs d'une personne privée en matière d'organisation du service public et le pouvoir d'une personne privée consistant en l'organisation d'une activité qui reste privée, l'organisation elle-même constituant une activité de service public (Ex. : C.E., 28 juin 1946, Morand, S. 1947.3.19, ou l'activité des Ordres Professionnels si l'on admet qu'ils constituent des personnes privées).

(124) Répartition des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative en ce qui concerne le service public judiciaire.

Caractère réglementaire ou non réglementaire des clauses du contrat de concession de service public selon qu'elles sont ou non relatives à l'organisation du service.

(125) L'analyse de la répartition des compétences entre les différentes autorités de l'Etat en matière d'organisation du service public n'entre pas directement dans l'objet de cette étude. Sur ce problème, Cf. Jèze, op. cit., p. 309 s., Romieu, concl. sur C.E., 4 mai 1906, Babin, Rec. 363. Sur les incidences de la constitution de 1958 sur cette répartition, V. Waline, D.A., 1963, n° 1050, p. 689.

(126) Jèze, op. cit., p. 298.

(127) Waline, cf. note (125).

fixation du statut personnel. Jèze complète son énumération qui, de son aveu même, est non limitative, par la fixation des règles applicables aux recettes ou aux choses affectées au service. M. Waline ajoute la fixation des conditions à remplir par les usagers pour avoir droit aux prestations du service.

Ces auteurs, et plus généralement la doctrine, ou bien n'ont pas abordé le problème de savoir si les personnes privées sont compétentes pour édicter des règlements organiques des services publics, ou bien ont répondu par la négative. Posant le problème à propos des concessionnaires de service public, elle considère que l'organisation du service est faite exclusivement par la puissance publique et non par le concessionnaire (128).

Cette position n'est pas conforme au droit positif actuel (elle ne l'était pas non plus au droit positif de l'époque de référence des auteurs visés note 128).

Il est des éléments de l'organisation qui, à l'évidence, ne peuvent être réglés par des personnes privées gérant un service public. C'est par exemple la détermination du caractère monopolisé ou non du service public. La compétence sur ce point est refusée à l'autorité exécutive elle-même et relève du législateur. Il n'est pas concevable non plus qu'une personne privée soit appelée à décider quelle collectivité publique assumera la haute direction du service public. Cette décision appartient à l'Etat et est refusée aux collectivités publiques subordonnées. Le choix du mode de gestion relève également d'une personne publique, même si le service doit être géré par une personne privée et sur le fondement d'un lien contractuel (129). Ces différents éléments de l'organisation du service public se situent en amont de l'intervention des personnes privées. A soi seule, cette considération explique que des personnes privées puissent difficilement intervenir pour déterminer les règles applicables.

Il est concevable en revanche que celles-ci fixent les éléments de l'organisation du service public se situant en aval, telles les règles visant le statut du personnel, les règles applicables aux recettes ou aux chose affectées au service, les conditions à remplir par les usagers pour avoir droit aux prestations du service.

Ce que la logique admet, le droit le permet, à la double condition — s'expliquant par l'idée que les personnes privées intervenant dans l'action administrative exercent leur activité sous la haute direction des gouvernants — qu'une compétence en ce sens leur ait été attribuée et qu'elle soit soumise au contrôle de la puissance publique.

---

(128) Jèze, op. cit., p. 299 : « Les autorités seules compétentes pour... organiser... sont les autorités publiques... ».

V. cependant, op. cit., p. 286, note 2.

Ph. Comte, Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public, th. Paris, 1934, p. 183 : « La réglementation du service lui échappe entièrement ». Corneille, concl. sur C.E., 18 févr. 1918, Société d'éclairage de Poissy, Rec. 120 : « L'organisation du service est faite exclusivement par l'administration, [elle] n'est pas de la compétence du concessionnaire » (p. 124).

(129) On a déjà vu que les personnes privées peuvent exercer une influence négative sur le choix du mode de gestion (Cf. supra, note 140).

Le droit positif n'accorde de telles prérogatives qu'à une minorité des agents de l'intervention. Les deux exemples donnés sont relatifs à des institutions dont la compétence d'organisation du service public a fait l'objet d'un contentieux qui a nécessité à deux reprises l'intervention du Tribunal des Conflits afin que soit déterminée la nature juridique des règlements édictés au titre de cette compétence, et par voie de conséquence la juridiction devant en connaître (130).

Le premier arrêt (12 juin 1961, Rolland, Rec. 866) refuse d'admettre qu'un règlement établi par la S.N.C.F. pour déterminer le régime des retraites du personnel constitue l'un des éléments de l'organisation du service public concédé. Bien que cet arrêt soit d'interprétation difficile en ce qui concerne le problème de la nature juridique de tels règlements (131), il en résulte a contrario qu'une compétence d'organisation pourrait être détenue par une personne privée. Les textes relatifs à la S.N.C.F. habilitent en effet celle-ci à édicter des règlements organiques du service public en différentes matières (conditions des usagers du service public, règles relatives à la détermination des recettes) (132).

Le second arrêt (15 janv. 1968, Barbier, R.D.P., 1968.893, note Waline, R.D.P. 1969.142, concl. Kahn) indique explicitement ce qu'il eut été possible de soutenir de toute manière, à savoir que « le règlement établi... par la Compagnie nationale Air-France pour fixer les conclusions de travail du personnel navigant commercial comporte... des dispositions qui apparaissent comme des éléments de l'organisation du service public exploité ». La fixation du statut du personnel, on l'a vu, est une matière que la doctrine a toujours considérée comme relevant de la notion d'organisation du service public.

Le Tribunal des Conflits s'est borné à tirer les conséquences d'un texte écrit disposant que le statut du personnel est fixé par le conseil d'administration et soumis à l'approbation ministérielle, ce qui confirme que le pouvoir d'édicter des règlements organiques des services publics, comme tout pouvoir réglementaire, n'existe que s'il est prévu par une disposition expresse et se trouve soumis au contrôle de la puissance publique.

---

(130) Pour des exemples qui ne soient pas relatifs à des concessionnaires du service public, V. A. 18 juillet 1926 habilitant l'U.N.A.T. à faire passer les permis de conduire « au fur et à mesure de l'organisation du service par celle-ci ».

V. C.E., 19 déc. 1962, Caisse primaire de sécurité sociale « La Forézienne », Rec. 689, Dr. soc. 1963, p. 573, note Garagnon (délibération d'une caisse de sécurité sociale « relative à l'organisation du service public de la sécurité sociale »).

(131) Cf. infra, p. 169 s.

(132) Cf. a. 7 du cahier des charges (approuvé par le décret du 31 décembre 1937) : la Société nationale sera tenue de soumettre à l'approbation du ministre des travaux publics les règlements relatifs au service et à l'exploitation du chemin de fer, qui seront obligatoires... pour toutes les personnes qui utiliseraient l'installation du chemin de fer ; a. 19-3° in fine : la société nationale pourra apporter [aux règlements] les dérogations qui seront motivées par les circonstances locales dans l'intérêt de l'organisation du service ; a. 14, relatif à la fixation des tarifs.

Ces compétences n'ont pas été attribuées à la S.N.C.F. à raison de son caractère « fictif ». Elles appartenaient déjà aux compagnies de chemin de fer du XIX[e] siècle.

Si celle-ci hésite à confier cette compétence aux personnes privées, tel n'est pas le cas pour la gestion des services publics.

C) Le domaine d'élection de l'intervention : la gestion des services publics.

Les questions relatives à la nature des services publics gérés étant abordées plus loin, il suffit de tenter de préciser les conditions d'apparition dans la jurisprudence de la notion fonctionnelle de service public et le contenu de cette notion en droit positif.

La notion fonctionnelle de service public est généralement présentée comme étant une notion récente, contrairement à la notion organique qui est la notion « classique » du service public. En fait, dès le début du XX^{e} siècle (133), la notion fonctionnelle du service public, constituée notamment par la concession de service public, coexiste avec la notion organique.

Si certains auteurs nient que la concession de service public constitue une exception à la notion organique de service public (134). la majorité d'entre eux admettent le contraire, mais n'en tirent aucune conséquence et n'en affirment pas moins que la notion « classique » du service public est une notion organique.

Les deux façons de voir sont inexactes, si, comme il semble devoir l'être, on entend par service public fonctionnel un service public qui, bien qu' « assumé » par une personne publique, est « assuré » par une personne privée, et par service public organique un service public directement « assuré » par une personne publique.

Pour donner plus de portée à la démonstration de l'idée que, dès cette époque, le juge administratif admet une notion non organique du service public, certains des arrêts cités seront pris en dehors de la notion de concession de service public.

En faisant abstraction de la jurisprudence antérieure (135), plusieurs des arrêts les plus importants du début du XX^{e} siècle sont relatifs à la notion fonctionnelle de service public.

---

(133) En raison de l'absence de distinction entre établissement public et établissement d'utilité publique, qui a joué au détriment de la notion d'établissement d'utilité publique, il est malaisé d'étudier dans la jurisprudence le phénomène d'intervention des personnes privées dans l'action administrative pendant la première moitié du XIX^{e} siècle.

(134) V. Bénoit, D.A., p. 778, note (1), qui fait valoir que « le concessionnaire est choisi par la collectivité qui a la charge du service, et, sous son contrôle, agit pour le compte de celle-ci ».

Dans tous les cas de gestion d'un service public par une personne privée, il en est de même.

(135) Contrairement à certaines idées reçues, il semble que la notion de service public ait eu une portée juridique pendant tout le XIX^{e} siècle. Chaque fois qu'un texte de loi a utilisé l'expression service public, le Conseil d'Etat a eu à préciser cette notion (au moins au sens de la loi concernée) (Ex. : Loi du 4 frimaire an 7, a. 5 exemptant de la contribution des portes et fenêtres les immeubles affectés à un service public ; le Conseil d'Etat a défini le service public d'un point de vue organique. Loi du 22 mars 1831, a. 29 relatif aux dispenses du service ordinaire de la garde nationale pour cause d'un service public ; le Conseil paraît avoir donné un sens fonctionnel à cette notion, cf. C.E., 15 janv. 1849, Coutant, Rec. 44, arrêt dans lequel il est décidé que doit être exempté l'agent assermenté d'une compagnie de chemin de fer).

Différentes décisions dont l'interprétation n'est pas toujours aisée contien-

Dans l'arrêt Terrier, la collectivité publique « assume » le service public de la chasse aux vipères, mais ce n'est pas elle qui « l'assure ». Le service ne fonctionne que par l'intermédiaire de personnes privées (136). Dans l'arrêt Thérond de même, le service (à objet de police administrative) n'est pas directement géré par la collectivité publique, mais par un concessionnaire privé (137). Dans l'arrêt Syndicat national des chemins de fer, enfin (138), le Conseil d'Etat considère que le service des transports par chemins de fer est un service public, bien qu'assuré par des compagnies privées et en tire des conséquences quant au régime juridique applicable.

En dehors de la notion de concession de service public, un arrêt bien célèbre, mais à d'autres titres, confirme qu'un service public peut être géré par des personnes privées. Dans l'arrêt Caisse des Ecoles (139), le Conseil d'Etat décide que « la loi du 30 octobre 1886, en rendant obligatoire pour les communes la création d'écoles publiques et en abrogeant les deux premiers titres de la loi du 15 mars 1850 et celle du 10 avril 1867, a par cela même exclu du service public de l'enseignement primaire les écoles fondées et entretenues par des particuliers ou des associations » ; ce qui signifie a contrario que, jusque-là, les écoles gérées par des personnes privées faisaient partie du service public. Cette affirmation est confirmée tant par le commissaire du Gouvernement Romieu, qui indique : la législation considère le service public de l'enseignement comme étant assuré à la fois par les écoles publiques et les écoles privées, que par l'article 17 de la loi du 10 avril 1867, qui parle « d'écoles libres tenant lieu d'écoles publiques » (140).

---

nent des expressions qui paraissent faire présumer l'utilisation d'une notion fonctionnelle du service public. Dans une affaire relative à « l'affectation d'immeubles à un service public », le Conseil d'Etat décide que « ces immeubles... continuent d'être détenus et possédés au nom et droits de l'Etat en quelque main qu'ils aient été remis et quel que soit le mode suivant lequel ce service doive être exercé » (C.E., 13 janv. 1847, Ministre des finances, Rec. 35).

A propos d'une requête tendant à obtenir décharge de la contribution des portes et fenêtres pour un immeuble considéré par le requérant (qui avait affermé un immeuble pour le service de la literie militaire) comme affecté à un service public, le Conseil d'Etat dit : « Il importe peu de savoir comment et par qui le service de la literie militaire est géré à Toulouse ; que la qualité de service public ne saurait lui être enlevée par cela seul que cet établissement n'est pas en ce moment directement géré par l'autorité militaire » ; mais plus loin, il ajoute : « on ne saurait considérer comme un service public civil ou militaire un service exploité par une compagnie particulière à ses risques et périls » (C.E., 14 févr. 1872, Mader, Rec. 80).

(136) C.E., 6 févr. 1903, Rec. 94, concl. Romieu. « C'est un service public, pour lequel le conseil général aurait pu créer des agents spéciaux, tandis qu'il a préféré procéder par voie de primes offertes aux particuliers... qu'il a appelés à concourir à ce service d'utilité collective... », p. 98.

(137) Cf. supra p. 99 et note (52).

(138) C.E., 18 juillet 1913, Rec. 875, concl. Helbronner (application de la règle de la continuité du service public).

(139) C.E., 22 mai 1903, Rec. 390, concl. Romieu.

(140) Cf. art. 36, al. 1 et 4 de la loi Falloux (D. 1850.IV.60) : Toute commune doit entretenir au moins une école primaire. Une commune peut être dispensée d'entretenir une école publique, à condition qu'elle pourvoie à l'enseignement primaire gratuit, dans une école libre, de tous les enfants dont les familles sont hors d'état d'y subvenir.

Cf. Fleiner, op. cit., p. 212, note 7 (a. 147 de la Constitution d'Empire : « écoles privées comme substitut des écoles publiques »).

Cf. aussi la notion d'établissement psychiatrique privé « faisant fonction d'établissement psychiatrique public ». L'article 326-1 du Code la Santé publique reproduit exactement l'article 1er de la loi du 30 juin-6 juillet 1838 sur les aliénés (D. 1838.III.162). Cf. C.E., 12 févr. 1909, Lemaire, Rec. 154.

Dès le début du XX[e] siècle, le juge administratif a ainsi admis, parallèlement à la notion organique du service public, une notion fonctionnelle en dehors de la concession de service public. Les manifestations de cette jurisprudence pour la période allant de l'après-guerre à 1954 ont été étudiées par M. de Corail d'une manière complète et qui rend inutile qu'on recommence (141). Une telle étude ne présente d'ailleurs qu'un faible intérêt quant à la définition de la notion fonctionnelle de service public, car, excepté dans l'arrêt de Castex, le juge se borne à des affirmations de principe, ou invoque la volonté du législateur pour admettre que telle personne privée « gère », « exécute », « assure » un service public ou, lorsque l'intervention est moins poussée, pour déclarer que la personne privée « participe », « collabore », « concourt à la gestion » ou à « l'exécution » d'un service public, ou encore « est associée au fonctionnement » ou « à l'exécution du service public ». Cette terminologie riche et nuancée en fonction de l'intensité de l'intervention, a peu contribué à fixer les éléments constitutifs de la notion de service public fonctionnel. Dans la plupart des arrêts, le juge relève le lien juridique unissant une personne privée à une personne publique, parfois il met en évidence l'objet de l'activité. Ce n'est que dans l'arrêt de Castex qu'il esquisse une définition des conditions nécessaires à l'existence de la notion fonctionnelle de service public : « cet organisme, quoique constitué sous la forme d'une association déclarée régie par la loi du 1[er] juillet 1901, doit être regardé, en raison tant de l'objet de son activité que des règles de son organisation et de son fonctionnement, et notamment de l'étendue de la participation des agents de l'Etat à son administration et au contrôle de ses opérations, comme un établissement chargé de la gestion d'un service assimilable à un service public » (142). Ainsi que l'indique M. de Corail, la notion est pour une fois précisée. Elle repose sur la nature de l'activité et le degré de dépendance à l'égard de l'Etat (143). Notons que le lien juridique existant entre l'institution et la puissance publique (habilitation) n'est pas signalé.

Dans quelle mesure la jurisprudence postérieure à 1954 a-t-elle précisé le contenu de cette notion ?

Si plusieurs décisions font application de celle-ci (144), il faut attendre l'arrêt Magnier et surtout l'arrêt Narcy pour qu'enfin soit précisée la conception jurisprudentielle du service public fonctionnel.

---

(141) Op. cit., p. 131. C.E., 7 janv. 1927, Triller, Rec. 25 ; 8 nov. 1929, Tissot, Rec. 981 ; 20 déc. 1935, Société des Etablissements Vezia, Rec. 212 ; 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et Protection », Rec. 417 ; 1[er] juin 1838, Comité national de la France d'Outre-Mer, Rec. 607 ; 13 déc. 1940, Rousselier, Rec. 227 ; 27 févr. 1942, Mollet, Rec. 64 ; 4 août 1944, Compagnie des produits chimiques et électro-métallurgiques Alais, Froges et Camargue, Rec. 225 ; 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale, Rec. 129 ; 16 mars 1945, Dauriac, Rec. 53 ; 28 juin 1946, Morand, Rec. 183 ; 21 nov. 1947, de Castex, Rec. 433 ; 6 févr. 1948, Sté Radio-Atlantique, Rec. 65.

(142) C.E., 21 nov. 1947, Rec. 433.

(143) Op. cit., p. 207.

(144) C.E., 30 avr. 1951, Pannetier, Rec. 240 ; 19 nov. 1954, Paulet, Rec. 602; 13 mars 1957, Fabre, R.P.D.A. 1957. 65 ; 11 mars 1959, Société des produits barytiques nord-africains, Rec. 170 ; 7 déc. 1960, Jardin, Rec. 681 ; 13 janv. 1961, Magnier, Rec. 38 ; 20 déc. 1961, Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur,

Dans l'arrêt Magnier (145), contrairement à une attitude traditionnelle consistant à affirmer purement et simplement : il résulte de la volonté du législateur que celui-ci a entendu instituer un service public, le Conseil d'Etat n'énonce cette proposition qu'après avoir pris la peine d'indiquer et de détailler les dispositions législatives de référence. Comme indices de la notion, il signale la prise en charge du service par les gouvernants, l'habilitation préalable par le préfet (agrément), l'exercice de l'activité sous la direction des autorités administratives (exécution des mesures sur la demande du service de la protection des végétaux), le caractère d'intérêt général de l'activité exercée (146) (« en vue de mettre ces organismes à même d'exécuter la mission de service public qui leur est confiée » ; l'expression mission de service public signifie mission d'intérêt général), enfin l'attribution de « diverses prérogatives de puissance publique », que le Conseil d'Etat énumère longuement. On est encore loin d'une « définition en forme » du service public, puisque l'énoncé des motifs prend une page. De l'absence de motivation, le Conseil d'Etat passe à une motivation anormalement détaillée.

Dans une troisième phase enfin : arrêt Narcy (147), il procède à une réduction des motifs, qui est presque une définition. Formellement, sa démarche reste la même que dans l'arrêt Magnier.
Ce n'est qu'après avoir donné explicitement les motifs de sa décision — qui ont une allure de considérant de principe : « en vue de les mettre à même d'exécuter la mission d'intérêt général qui leur est confiée et d'assurer à l'administration un droit de regard sur les modalités d'accomplissement de cette mission, le législateur a conféré aux Centres techniques industriels certaines prérogatives de puissance publique et les a soumis à divers contrôles de l'autorité de tutelle » — que le Conseil d'Etat constate « qu'en édictant l'ensemble de ces dispositions... le législateur a entendu, sans leur enlever pour autant le caractère d'organismes privés, charger lesdits centres de la gestion d'un véritable service public » (148).
Pour le Conseil d'Etat, les indices permettant de déceler l'existence d'un service public au sens fonctionnel sont ainsi au nombre de quatre : l'exécution d'une mission d'intérêt général, l'habilitation préalable (« mission... qui leur est confiée »), un « droit de regard

---

Rec. 724 ; 4 avr. 1962, Chevassier, Rec. 244 ; 20 déc. 1962, Deckmyn, Rec. 699 ; 28 juin 1963, Narcy, Rec. 401 ; 10 nov. 1967, Augusto, Rec. 422 ; 13 juill. 1968, Capus, D. 1968, 674 ; 20 déc. 1968, Election des administrateurs du groupement professionnel routier n° 21 A, Rec. 671.

T.A. Nantes, 31 mai 1963, Ascensio, D. 1964, 344.

T.C., 6 juill. 1957, Lasry, Rec. 817 ; 20 nov. 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis », Rec. 879 ; 3 mars 1969, Société Interlait, R.D.P. 1969, 699.

(145) C.E., 13 janv. 1961, Magnier, Rec. 33.

(146) La comparaison de l'arrêt Magnier et de l'arrêt Narcy montre que les expressions mission d'intérêt général et mission de service public sont synonymes : « qu'en vue de mettre ces organismes à même d'exécuter la mission de service public qui leur est confiée... » ; « qu'en vue de les mettre à même d'exécuter la mission d'intérêt général qui leur est ainsi confiée... ».

(147) C.E., 28 juin 1963, Narcy, R.D.P. 1963. 1186, note Waline, A.J.D.A. 1964. 92, note de Laubadère.

(148) Considérant identique dans C.E., 13 juill. 1968, Capus, D. 1968. 674, concl. Bertrand.

[de l'administration] sur les modalités d'accomplissement de cette mission », qui s'exerce par la soumission « à divers contrôles de l'autorité de tutelle », l'attribution de « certaines prérogatives de puissance publique » (149).

Les points faibles de l'arrêt et les incertitudes qui subsistent ont été soulignés par M. Waline : que faut-il entendre par droit de regard ? Le Conseil d'Etat considère-t-il l'attribution de prérogatives de puissance publique comme une condition nécessaire de la notion de service public ?

L'idée de droit de regard est très vague et celle de contrôle qui devrait la préciser ne l'est guère moins. S'il n'est pas aisé de dire quel est le degré de contrôle nécessaire pour faire d'une activité privée une activité de service public, cet inconvénient est atténué par le fait que le contrôle n'est pas le critère du service public fonctionnel, mais n'en est que l'un des éléments.

Quant à l'attribution de prérogatives de puissance publique, la réponse paraît plus facile. M. Waline, dans la note susvisée, ne soulève pas le problème de savoir si les prérogatives de puissance publique font partie intégrante de la notion de service public. On sait pourtant qu'il avait critiqué la position de M. Latournerie qui, parmi les éléments de la notion de service public, retenait la soumission à un régime exorbitant. M. Waline faisait valoir que le régime juridique applicable, étant l'élément problématique, ne pouvait servir à définir le service public, sauf à répondre à la question par la question (150).

Cette divergence a une explication simple : les deux auteurs ne se placent pas au même point de vue. M. Latournerie raisonne d'un point de vue pratique : dans la réalité le législateur donne le plus souvent les indications, plus ou moins développées, sur le régime juridique applicable à l'institution qu'il charge de gérer un service public, en sorte qu'il est possible d'en tenir compte comme indice de sa volonté de créer ou non un service public.

M. Waline le conteste d'un point de vue purement logique, et à cet égard le reproche est pertinent, ainsi que permettent de le constater les hypothèses dans lesquelles le législateur est resté complètement muet sur le régime juridique applicable. Mais il ne s'agit en fait que de cas limites.

Lorsque le législateur précise certains traits du régime juridique et notamment attribue des prérogatives de puissance publique, tout porte à considérer, si les autres conditions sont remplies (151), qu'il a entendu créer un service public.

Qu'en est-il s'il n'a pas attribué de prérogatives de puissance publique ? Certains auteurs admettent qu'il n'y a pas service public. Ainsi M. Odent qui en fait une condition de la notion de

(149) M. Waline retient aussi quatre éléments, mais considère séparément le droit de regard et le contrôle et ne relève pas l'idée d'habilitation.

(150) R.D.P. 1961. 716.

(151) Sur le problème de savoir si une personne privée peut recevoir des prérogatives de puissance publique sans être pour autant investie d'un service public, V. infra, p. 162 s.

service public (152). Contrairement à cette position, le Tribunal des Conflits admet que constitue un service public l'activité exercée sous un contrôle étroit de l'administration par une personne privée ne détenant aucune prérogative de puissance publique (153).

En revanche, il semble conforme au droit positif d'exiger que la « personne privée soit soumise... à un certain régime de droit public » (154), lequel consiste souvent non en l'attribution de prérogatives exorbitantes de droit commun, mais en la soumission à des sujétions qui présentent un tel caractère.

La définition du service public au sens fonctionnel que l'on peut retenir s'énonce : une activité d'intérêt général prise en charge par les gouvernants (155) et confiée par ceux-ci à une personne morale de droit privé qui l'accomplit sous leur haute direction (156) et sous un régime, en partie au moins, dérogatoire au droit commun (157).

Dans quelle mesure de telles activités, et notamment celles qui s'analysent en la fourniture de prestations, sont-elles confiées à des personnes privées ?

§ 2. — LA NATURE DES SERVICES PUBLICS GERES.

Les services publics font l'objet de nombreuses classifications. En se limitant à celles qui relèvent du droit (158), et plus particulièrement du droit administratif, les services publics peuvent être classés en se plaçant à cinq points de vue différents : l' « objet » du service (services administratifs, industriels et commerciaux, sociaux), « la façon dont ils concourent à l'intérêt général » (services satisfaisant directement et individuellement les particuliers, les satisfaisant indirectement ou destinés à la collectivité toute entière), « le champ ouvert à l'activité du service » (services nationaux, locaux), « les

---

(152) Odent, C.A., p. 292.

(153) T.C., 20 nov. 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis », Rec. 879.

(154) Auby et Ducos-Ader, Grands services publics, p. 30.

(155) La prise en charge du service vise plus spécialement la création et l'organisation du service.

(156) La haute direction vise davantage les contrôles (sur les actes, les personnes, les biens) pesant sur le fonctionnement du service.

(157) La doctrine donne une seule définition du service public qui englobe à la fois la notion organique et la notion fonctionnelle. Elle paraît considérer qu'il n'y a qu'une seule définition du service public. Tel est bien le cas si la notion organique et la notion fonctionnelle produisent les mêmes conséquences juridiques.

On verra dans la deuxième partie que tel n'est pas le cas et qu'il faut distinguer selon les différentes notions du droit administratif, certaines étant définies uniquement par référence à la conception organique du service public, d'autres par rapport à la conception large du service public englobant la conception organique et la conception fonctionnelle.

(158) Pour une intéressante classification non juridique des services publics, V. Beau, Essai de généralisation de la théorie marginaliste en vue de la tarification des services publics, Annales des transports, 1964, n° 13 (distinction entre services publics substituables et non substituables, services intégrés et non intégrés, à goulot physique ou à goulot économique de capacité, à développement continu ou à développement discontinu des équipements).

Sur la notion économique de service public, V. les études de Trévoux, La notion économique de service public, Revue d'économie politique, 1938, p. 333 s.; Mél. E. Lambert, tome 2, p. 406 s.

relations avec le secteur privé » (services monopolisés ou s'exerçant concurremment avec les activités privées parallèles), les modes de gestion des services (régie, concession, établissement public, etc.) (159).

Cette classification peut être complétée par la prise en considération d'autres traits du service : le caractère gratuit ou payant, obligatoire ou facultatif (en se plaçant du point de vue de la collectivité territoriale qui assure la haute direction du service ou de celui de l'usager du service), temporaire ou permanent.

Ainsi que le note M. Rivero, la distinction fondamentale au point de vue juridique est la première indiquée reposant sur l'objet du service. C'est elle qui sera principalement étudiée après quelques rappels ou indications sur les rapports de la notion de gestion des services publics par des personnes privées avec les autres distinctions

A) Services publics caractérisés autrement que par leur objet.

Le sujet même de cette thèse indique que les services publics ne sont pas gérés uniquement par des personnes publiques. Les modes de gestion par des personnes privées ont été précisés par l'étude de l'habilitation (160), qui a permis également de constater que celles-ci participent à la gestion de services aussi bien nationaux que locaux (161).

L'intervention dans la fonction de police infirme l'idée selon laquelle les personnes privées ne pourraient gérer que des services facultatifs et non des services obligatoires (162).

Le caractère monopolisé ou non du service sera pris en considération lors de l'étude de l'objet du service, car les activités bénéficiant d'un monople de droit sont traditionnellement considérées par la jurisprudence comme des services administratifs.

Le problème de la gratuité ou du caractère payant du service sera abordé à propos du service public industriel ou commercial.

Il reste seulement à confronter la notion de gestion des services publics par des personnes morales de droit privé à deux classifications, celle relative à la façon dont les services publics concourent à l'intérêt général et celle visant le caractère permanent ou provisoire du service.

Le premier rapprochement conduit à constater que les personnes privées sont presque toujours chargées de services publics qui satisfont directement et individuellement les particuliers (163).

Le second révèle que si les persones privées sont bien placées pour gérer les services publics temporaires dans la mesure où leur intervention dans l'action administrative est le plus souvent limitée dans le temps (ex. : services publics du temps de guerre confiés à des personnes privées pendant la durée des hostilités), elles ne gèrent

(159) Rivero, D.A., n° 466 s., p. 389 s.
(160) V. supra, p. 65 s.
(161) V. supra, p. 58 s.
(162) V. supra, p. 107 s.
(163) Exemple de service public destiné à collectivité toute entière et auquel participent des personnes privées : la recherche.

pas moins très souvent des services permanents que la collectivité publique assurera en régie à l'expiration de la durée de l'habilitation, à moins qu'elle ne préfère reconduire ou proroger l'habilitation ou l'accorder à une autre personne privée.

Ces brèves indications n'ont d'autre mérite que de faire ressortir que les personnes privées peuvent gérer tout service public à quelque point de vue que l'on se place. Il ne ressort aucune idée de cantonnement de la gestion à des catégories particulières de service public. A suivre certains auteurs, cette proposition ne serait pas applicable aux services publics distingués selon leur objet.

B) Services publics caractérisés par leur objet (164).

La position de certains auteurs peut s'exprimer de la manière suivante : parmi les services publics, certains seulement sont susceptibles d'être gérés par des personnes privées. Ce sont les services publics de gestion, à l'exclusion des services publics d'autorité. Cette proposition, dans la mesure où elle prétend rendre compte du droit positif, est inexacte : à l'intervention des personnes privées dans la gestion des services publics industriels et commerciaux s'ajoute une intervention dans les services publics administratifs. Bien que le service public social ne paraisse pas constituer une catégorie autonome, les rapports de cette notion avec le problème étudié doivent être précisés.

1) *La gestion de services publics à caractère industriel ou commercial* (165).

Il ne s'agit pas de décrire ou d'énumérer, d'un point de vue historique ou de droit positif, les différents services publics à caractère industriel et commercial gérés par des personnes privées, mais de préciser les rapports existant entre le service public industriel et commercial (166) et le phénomène de gestion des services publics par des personnes privées, en se plaçant tant du point de vue des notions qu'à celui des régimes applicables.

---

(164) Certains auteurs parlent de service public corporatif. Cette expression évoque l'idée d'une structure d'institution (aussi bien de droit public que de droit privé). Elle ne qualifie pas un type d'activité qui ne serait ni administratif, ni industriel et commercial.

(165) Aucun développement particulier n'est consacré à la gestion par les personnes privées d'activité publique d'intérêt général (Cf. supra, p. 92). Cette catégorie est constituée principalement par les entreprises publiques constituées sous forme de société anonyme et qui sont considérées comme ne gérant aucun service public. Dans un avis du 20 mai 1953 (Cf. infra, note 129, p. 242), le Conseil d'Etat a admis que tel était le cas des sociétés nationales de constructions aéronautiques. Une partie de la doctrine pense qu'il en est de même des banques (à l'exception de la Banque de France) et des sociétés d'assurances nationalisées.

(166) Bien que donnant lieu parfois à des difficultés pratiques, la notion de service public industriel et commercial est suffisamment fixée en jurisprudence et en doctrine, dans ses éléments constitutifs comme dans ses effets, pour qu'on la tienne pour connue. V. Waline, D.A. 1969, n° 105 s., p. 70 s. et bibliographie citée. Il n'est pas nécessaire non plus d'entrer dans les controverses

A ces deux points de vue, la gestion des services publics par des personnes privées et plus précisément la concession de service public et le service public industriel et commercial sont présentés comme étant intimement liés.

Les auteurs considèrent traditionnellement que si tout service public industriel et commercial n'est pas une concession de service public, toute concession de service public porte nécessairement sur un service public industriel et commercial. Encore font-ils remarquer que tout service public industriel et commericcal est susceptible d'être concédé (167).

Il est vrai que tout service public industriel n'est pas une concession de service public (168).

Il est vrai également que celle-ci porte presque toujours sur un service industriel et commercial, mais la relation n'est pas absolue. La notion de service public industriel s'étant dégagée tardivement, il est difficile d'en donner la preuve pour la période du XIX^{e} siècle. A cette époque, ont été concédés des services publics bénéficiant d'un monopole de droit (téléphone, allumettes, halage des bateaux) (169). Or, l'on sait que la jurisprudence refuse de considérer que de tels services ont un caractère industriel ou commercial. On peut citer également un exemple d'affermage de mont de piété, institution qui, selon la jurisprudence, gère une activité de nature administrative et non pas industrielle ou commerciale (170).

Le droit positif, enfin, fournit des exemples de services publics qui sont concédés sans être pour autant de nature industrielle et commerciale : le service des pompes funèbres pour la partie monopolisée (171) et certaines sociétés d'économie mixte dont les conditions d'organisation, de fonctionnement et de financement ne sont pas industrielles et commerciales (172).

---

portant sur la genèse de la notion (question de savoir si elle est née par souci d'opportunité contentieuse ou par nécessité scientifique) ou sur sa destinée (question de savoir si elle est ou non moribonde).

Sur le premier point, Comp. Waline, D.A. 1969, n° 901, p. 471 et Bénoit, D.A. n° 1465 et n° 1480.

Sur le second, V. J. Lemasurier, A propos du service des postes et télécommunications. Réflexions sur la distinction des services publics administratifs et des services publics industriels ou commerciaux, A.J.D.A. 1969, p. 139.

(167) M.P. Laroque, par exemple, considère que la possibilité de concession est l'un des quatre éléments caractérisant les services industriels et commerciaux (Les usagers des services publics industriels (transports, eau, gaz, électricité), th. Paris 1933, p. 12).

(168) Ex. : régie industrielle et commerciale (Cf. A.G., Delion, Les services industriels en régie de l'Etat, Dr. Soc. 1963, 1) ; établissement public gérant un service public industriel et commercial.

(169) Cf. Odent, C.A., p. 417. Pour la concession du service des téléphones, Cf. Boucard et Jèze, Eléments de la Science des finances et de la législation financière, 2^{e} éd., 1902, t. 1er, p. 601 s.

Pour la concession de fabrication et vente des allumettes, V. supra, note (99).

(170) C.E., 7 août 1926, Bachthaï-Buoï, Rec. 886.

(171) Odent, C.A., p. 418.

(172) Cf. Auby, note sous T.C., 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, J.C.P. 1963.II.13375, IV, A (« Cas assez fréquent où la société [d'économie mixte] gère un service public sans caractère industriel ou commercial »). C.E., 1er mars 1967, Dlle Ruban, A.J.D.A. 1967, p. 367.

Les auteurs établissent aussi un lien étroit entre la concession de service public et l'idée de service public rentable (173). C'est précisément parce qu'il comporte une possibilité de bénéfices que tout service public industriel et commercial est susceptible d'être concédé (174) et seuls les services industriels et commerciaux rentables sont susceptibles d'être concédés. Si l'on entend par rentabilité le fait que les capitaux investis trouveront une certaine rémunération, l'idée est exacte, mais cette « rentabilité » peut être toute artificielle (subventions et autres procédés financiers) et ne pas résulter de la simple exploitation du service (différence entre les recettes et le coût du service) (175). Cela n'est pas pour surprendre, puisque l'idée de service public est dans une certaine mesure exclusive de celle de rentabilité. Très souvent les gouvernants doivent prendre en charge la satisfaction de certains besoins auxquels l'initiative privée cesse de pourvoir, car les activités correspondantes ont cessé d'être rentables.

A ces généralisations un peu hâtives (toute concession porte sur un service industriel et commercial, tout service public industriel et commercial est rentable) concernant les rapports de cette notion avec celle de service public concédé, s'ajoutent des inexactitudes sur la nature des relations du régime juridique des services publics concédés avec celui du service industriel et commercial.

Certains auteurs déduisent en effet de cette notion l'idée de la soumission des services publics concédés à un régime de droit privé. Or la théorie du service public industriel et commercial n'a de véritable raison d'être que pour les personnes publiques. Sans elle, les litiges attribués au juge judiciaire devraient l'être au juge administratif. Les conséquencecs qu'entraîne l'application de la notion de service public industriel et commercial aux personnes publiques sont obtenues, pour les personnes privées, par la prise en considération de leur seule nature juridique.

Cette affirmation est vérifiée par une double constatation : 1° la plupart des arrêts constituant la théorie générale du service public industriel et commercial ont été rendus dans des espèces concernant des personnes publiques ; 2° l'activité des personnes privées consistant en la gestion d'un service public à caractère industriel relevait des tribunaux judiciaires avant même que la notion de service public industriel et commercial ait été dégagée.

Bien plus, l'application de la notion de service public industriel et commercial aux personnes publiques et aux personnes privées produit des effets diamétralement opposés.

Appliquée aux personnes publiques, elle a pour effet de soumettre leur activité au droit privé : l'aspect important de l'expression service

---

(173) Si les services publics concédés sont en principe des services payants certains peuvent, pour des catégories particulières d'usagers au moins, fonctionner selon le régime de la gratuité (Le service des pompes funèbres est gratuit pour tous les indigents même si le services a été concédé ; cf. C.E., 26 mai 1911, Recq, Rec. 625).

(174) P. Laroque, op. cit., p. 11.

(175) Cf. Corneille (Conclusion sur C.E., 7 avril 1916, Astruc, S. 1916.3.41. « Au besoin le concessionnaire travaillera à perte avec l'aide du concédant ».

public industriel et commercial est l'élément « industriel et commercial ».

Appliquée aux personnes privées, elle n'a pas pour conséquence de soumettre l'activité de celles-ci au droit privé, puisque cela résulte de leur nature juridique. Elle a pour effet de les soumettre, pour certains aspects de leur activité, au droit public. L'élément important dans la notion est ici l'expression « service public » (176).

La position des auteurs qui expliquent le régime juridique des services industriels gérés par des personnes privées par la notion de service public industriel et commercial a pour conséquence de minimiser l'importance des règles de droit public applicables à ces services. L'assimilation qui en résulte avec les services publics à gestion privée peut donner à croire, à tort, que les personnes privées ne peuvent gérer des services publics à gestion publique.

2) *La gestion de services publics de nature administrative.*

Dans le passé, des auteurs ont soutenu que certains services publics, les services publics « non concessibles », étaient insusceptibles d'être confiés à des personnes privées (177).

Le problème de la non-concessibilité d'un service public n'est d'ailleurs pas toujours bien distingué de la notion d'activité insusceptible d'être exercée par des personnes privées (178). Celle-ci concerne

---

(176) Le problème de la qualification administrative ou industrielle et commerciale peut cependant se poser, si l'institution en cause gère deux activités, l'une ayant une nature administrative, l'autre étant industrielle et commerciale, pour les éléments du régime juridique variant en fonction de la nature du service (actes juridiques unilatéraux et responsabilité essentiellement).

Ex. : La Banque de France exerce une activité de nature administrative lorsqu'elle est associée à l'organisation et au contrôle de la profession bancaire (cf. C.E., 30 nov. 1956, Geslin, Rec. 454), une activité de nature industrielle et commerciale lorsque ses rapports avec les particuliers « sont de même nature que ceux des autres banques avec leurs clients » (C.E., 24 mai 1957, Elissabide, A.J.D.A. 1958.II.15. Autre ex. : le service des pompes funèbres selon qu'il concerne ou non la partie relevant du monopole.

(177) Cf. concl. Rouchon-Mazerat sur T.C., 11 juillet 1933, Melinette, S. 1933.3.97, V. p. 100, note Blaevoet, D. 1933.3.65.

V. J. Cadart, Les tribunaux judiciaires et la notion de service public : la notion judiciaire de service public. Annales de l'Université de Lyon, 1954, p. 24.

Certains auteurs parlent d'inconcessibilité du service public dans un autre sens. Il ne s'agit plus d'inconcessibilité juridique, mais de non concessibilité pratique. La concession n'est pas interdite en droit mais impraticable en fait, eu égard par exemple au caractère non rémunérateur du service (Cf. P. de Francolini, Les régies municipales en droit moderne, th. Paris, 1928, p. 110). L'article 3 du décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales distingue deux autorités différentes en matière d'approbation des délibérations des conseils municipaux décidant la création d'une régie, selon qu'il s'agit de services susceptibles ou non d'être concédés (V. J. Tétreau, Les entreprises économiques des communes. Etude sur les régies municipales, th. Paris, 1935, p. 119).

(178) Duguit critique Berthélemy qui oppose les services qu'on ne peut concevoir accomplis par les particuliers et ceux qui tout en étant remplis totalement ou partiellement par l'Etat pourraient l'être par les particuliers, et montre que les services publics qu'il qualifie d' « originaires », la guerre, la police, la justice ont été assurés par des personnes privées (Manuel de droit constitutionnel, 2e éd. 1911, Fontemoing, p. 69).

De même quand M. Péquignot parle des services publics non susceptibles d'être gérés par des particuliers par opposition aux services communs à l'Etat

seulement le caractère monopolisé ou non monopolisé d'une activité prise en charge par l'Etat. Si une activité fait l'objet d'un monopole (de droit), il est manifeste qu'elle ne peut faire l'objet d'une activité privée exercée par des particuliers. Mais rien n'empêche qu'un monopole soit géré à titre de service public par des personnes privées (cf. allumettes, téléphone, pompes funèbres), ce qui infirme le point de vue des auteurs soutenant que les services publics monopolisés sont par nature insusceptibles d'être concédés.

Comme l'idée de service public par nature, l'idée de service public non concessible par nature n'est ni satisfaisante pour l'esprit, ni conforme au droit positif. Un service donné peut dans un pays donné, à un moment donné, être inconcessible, mais aucun service n'est en soi insusceptible d'être concédé. Ce qui a été dit à propos de la police (qui, juridiquement, est un service public administratif) est valable pour tous les services publics.

Le problème est par la suite exactement posé. Ainsi M. de Laubadère se demande, en 1947, « si l'emploi du procédé de l'organisme privé peut être illimité ou doit être cantonné dans certaines catégories de services publics ». Il répond : « habituellement la gestion est limitée aux services publics ayant un caractère technique ou commercial, à l'exclusion de ceux qui détiennent ou exercent des prérogatives de puissance publique » (179).

Bien qu'ils consacrent une rubrique aux « services publics à gestion publique gérés par des personnes de droit privé », MM. Auby et Drago remettent quelque peu en cause la réponse affirmative qu'ils donnent en indiquant « qu'il demeure cependant possible de voir dans ces organismes des personnes publiques innommées » (180).

Cette réticence de la doctrine à admettre que des personnes privées puissent être chargées de service public de nature administrative s'explique peut-être en partie par le fait que le Conseil d'Etat lui-même se refuse longtemps à l'admettre explicitement.

Ce n'est que dans l'arrêt Magnier qu'il le fait pour la première fois : « le législateur... a entendu instituer un service public administratif dont la gestion est confiée... à des organismes de droit privé » (181), et l'a réaffirmé dans l'arrêt Capus (« le législateur a entendu confier aux sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, bien qu'elles revêtent une forme de droit privé, la gestion... d'un véritable service public administratif » (182).

Il n'a jamais pu l'affirmer à propos de la gestion du service public des assurances sociales, bien qu'elles constituent en fait un

---

et aux particuliers, il vise en fait non pas le problème de la concessibilité d'un service public, mais celui des activités publiques par nature. Il aurait été préférable de parler d'activités non susceptibles d'être gérées par des particuliers et non de services publics (Contribution à la théorie générale du contrat administratif, 1945, p. 107 s.). Cf. concl. Rivet sur C.E., 23 mai 1924, Les Affrêteurs réunis, S. 1926.3.10 et la critique de M. Péquignot qui rejoint celle de Duguit.

(179) A. de Laubadère, Manuel de droit administratif, 1947, p. 224.

(180) Auby et Drago, C.A., tome 1er, n° 378, p. 424 s.

(181) C.E., 13 janv. 1961, Magnier, Rec. 38.

(182) C.E., 13 juillet 1968, Capus, D. 1968. 674.

service administratif, car le contentieux de ce service est soit attribué par le législateur aux tribunaux judiciaires, soit considéré par le juge administratif comme relevant de l'autre ordre juridictionnel en tant qu'il constitue un service public social.

3) *Gestion des services publics par des personnes morales de droit privé et service public social.*

L'idéal juridique serait d'avoir des notions simples entraînant des effets précis. Trop souvent il faut se contenter de notions complexes produisant des effets imprécis. La notion de service public social est une notion floue comportant des effets précis.

C'est d'une manière paradoxale qu'on a pu prétendre définir le service public social par l'idée de gestion du service par des personnes morales de droit privé, puisque cette notion n'a de véritable raison d'être que pour les personnes publiques et que ses effets juridiques n'ont d'utilité que pour celles-ci.

La confrontation de la notion de gestion des services publics par une personne privée et du régime qui leur est applicable avec la notion et le régime juridique du service public social permet de le vérifier.

Parmi les diverses tentatives pour définir la notion « indéfinissable » du service public social, on a songé à utiliser l'idée de gestion du service par des personnes privées (183). Cette tentative pouvait difficilement aboutir parce que, d'une part, ce mode de gestion est, on l'a vu, souvent utilisé par des services publics non sociaux et que, d'autre part, nombre de ceux-ci sont directement gérés par une personne publique territoriale ou spéciale.

Il eut été surprenant que la notion de service public social puisse être définie de la sorte, alors qu'elle ne présente une utilité réelle que pour les personnes publiques.

Il est possible de refaire le raisonnement utilisé pour les effets de la notion de service public industriel et commercial (184). Ici encore, la qualification de service public social a pour conséquence d'entraîner l'application du droit privé là où aurait normalement dû s'appliquer le droit public. Ce résultat n'a d'intérêt que pour les personnes publiques, et c'est pour elles que la notion a été conçue, ainsi qu'on le constate en vérifiant que les arrêts intervenus concernent des services publics sociaux gérés par des personnes publiques (185). Dans le cas des services publics sociaux gérés par des personnes morales de droit privé, la seule prise en considération de

(183) Cf. A. de Laubadère, La notion et le régime juridique des services publics sociaux en droit administratif français, Dr. Soc. 1959, 494.

(184) V. supra, p. 125 s.

(185) Le seul arrêt où la nature juridique de l'institution est problématique est l'arrêt Dlle Berry (T.C., 13 janv. 1958, Rec. 789). M. A. Bernard précise que l'œuvre des petits réfugiés du département du Lot-et-Garonne est, malgré son qualificatif d'œuvre, un service sans personnalité morale du département (concl. sur C.E., 21 mars 1958, Salin, R.D.P. 1959-122). Le Conseil d'Etat parlait cependant d' « œuvre privée », cf. arrêt du Tribunal des Conflits, et Rec. Lebon, Tables 1955, p. 718.

la nature juridique de la personne gérant le service suffit à entraîner l'application du droit privé.

Cette étude du service public social dans ses rapports avec la gestion du service public par les personnes privées est plus tournée vers le passé que vers le présent ou l'avenir dans la mesure où la théorie du service public social, plus encore que la théorie du service public industriel et commercial, paraît correspondre plus à des considérations d'opportunité qu'à des nécecssités scientifiques (186). Si celle-ci est, comme on le soutient, une notion moribonde, celle-là est une notion pratiquement mort-née par suite de l'attitude hostile des juridictions judiciaires et administratives (187). La plupart des services considérés comme sociaux ne sont en fait que des services publics administratifs à objet social.

De tout ce qui précède, il résulte que l'intervention des personnes privées ne se limite nullement à la gestion des services publics à gestion privée. Comme les personnes publiques, les personnes privées sont habilitées, en droit positif, à gérer des services publics à gestion publique. Mais alors que les unes ont commencé historiquement par gérer essentiellement des services d'autorité pour ensuite prendre en mains des services de gestion, les autres ont procédé dans l'ordre inverse (188).

Pour achever de montrer l'absence de cantonnement de l'intervention des personnes privées, il faut vérifier qu'elle s'étend au troisième mode d'action de l'administration.

Section III

L'INTERVENTION DANS LA FONCTION D'AIDE AUX ACTIVITES PRIVEES D'INTERET GENERAL

Quelques précisions préalables sur la notion d'aide aux activités privées d'intérêt général sont nécessaires pour pouvoir apprécier la portée exacte de l'intervention relative au troisième objet de l'action administrative.

---

(186) Cf. F.P. Bénoit, note sous Cass. civ., 30 oct. 1957, J.C.P. 1958.II. 10418 bis.

(187) Sauf en matière de colonie de vacances (16 oct. 1963, Commune de Saint-Maurice, Rec. 490), ce qui est l'hypothèse de l'arrêt Naliato, le Conseil d'Etat refuse de considérer que les services sociaux concernés ne présentent aucune particularité de nature à les distinguer juridiquement des organismes privés similaires (Cf. arrêt Salin susvisé et arrêt commune d'Arcueil). La Cour de Cassation refuse même de faire application du critère du Tribunal des Conflits à propos d'un litige mettant en cause une colonie de vacances (espèce visée note 186. Adde, D. 1958, 426, note Chapus.

Sur l'ensemble de cette question, V. Long, Weil, Braibant, obs. sur T.C., 22 janv. 1955, Naliato, G.A., p. 417.

(188) Alors que les personnes publiques gèrent essentiellement des services d'autorité en période libérale, et les personnes privées des services de gestion, en période d'interventionisme les personnes publiques gèrent des services de gestion et les personnes privées des services d'autorité.

§ 1. — PRECISIONS SUR LA NOTION D'AIDE AUX ACTIVITES PRIVEES D'INTERET GENERAL.

La notion d'aide aux activités privées d'intérêt général est distinguée de la notion de « service public » sur le plan des fins poursuivies. Comme la police et le « service public », l'aide aux activités privées d'intérêt général constitue sur le plan juridique, dans la mesure où elle est « assumée » par des personnes publiques, une activité de service public (189).

Les auteurs se bornent en général à indiquer ce qu'il faut entendre par aide, à en étudier les différentes modalités et à énumérer les sujétions (le plus souvent un contrôle) imposées fréquemment en contrepartie par la puissance publique (190). Ils sont en revanche muets sur les bénéficiaires de l'aide, à savoir les activités ou entreprises privées d'intérêt général. C'est cet élément de la notion qu'il convient de préciser pour éviter les malentendus pouvant résulter de ce que, en doctrine, l'expression activité privée d'intérêt général est utilisée dans deux acceptions différentes, sinon même opposées, entre lesquelles il convient de se prononcer.

La première conception est extensive. Les auteurs englobent dans les activités privées d'intérêt général non seulement les activités assumées par les particuliers avec un certain concours financier de la puissance publique et qui demeurent des activités privées, mais également des activités qui ne sont plus des activités privées, puisque, bien qu'assurées par des particuliers, elles constituent des activités de service public. Ainsi M. Tricot distingue au sein des entreprises privées d'intérêt général celles qui sont « extérieures à tout service public » et celles qui « participent à la gestion d'un service public » (191). M. Detton englobe les concessionnaires de travaux publics dans les entreprises d'intérêt général (192) et M. Maspétiol estime que les services d'intérêt public peuvent être appelés dans certains cas à participer au fonctionnement d'un service public (193). M. Demichel enfin est conduit, de par l'utilisation qu'il fait de la notion de contrôle, à assimiler purement et simplement entreprises privées d'intérêt général et entreprises privées gérant un service public (194).

Les tenants de la conception restrictive estiment que la notion d'activité privée d'intérêt général doit être distinguée de la notion

---

(189) Le Conseil d'Etat qualifie de service public, l'activité des caisses de sécurité sociale ou des caisses d'allocations familiales qui consiste essentiellement en une activité d'aide.

(190) Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 5e éd., p. 282. Rivero, D.A., p. 392 s. ; Vedel, D.A., 612 ; de Laubadère, D.A., tome III, p. 78 s., Debbasch, D.A., 178 s.

(191) B. Tricot, Essai sur les entreprises d'intérêt général, th. Lyon, 1943, p. 154 s.

(192) H. Detton, op. cit., supra note (124), p. 78.

(193) R. Maspétiol, La notion de service d'intérêt public et la théorie juridique des institutions corporatives, Dr. Soc. 1944, p. 170.

(194) La plupart des « organismes d'intérêt général » cités dans les sections II, III, IV, p. 128 à 197, gèrent des services publics. V. aussi, p. 680.

d'entreprise privée gérant un service public. Partagent cette opinion Bonnard (195), Rolland (196), M. Latournerie (197), M. Waline (198), M. de Laubadère (199).

Un choix entre les deux conceptions en présence est nécessaire. La conception extensive considère les entreprises privées d'intérêt général comme des agents de l'action administrative, puisque celles-ci sont susceptibles de participer à l'exécution de services publics, alors qu'avec la conception restrictive l'entreprise privée d'intérêt général est seulement un bénéficiaire de l'action administrative exerçant une activité purement privée avec le concours de la puissance publique et en contrepartie en subissant certaines sujétions.

La conception retenue ici est sans hésitation celle qui considère l'institution assumant une activité privée d'intérêt général comme un bénéficiaire de l'action administrative et non comme un agent de celle-ci. L'activité assurée par l'entreprise privée d'intérêt général est une activité privée et non une activité de service public.

Logiquement, en effet, sauf à supprimer la catégorie des personnes privées gérant un service public, la notion d'activité privée d'intérêt général doit, pour avoir un sens, être à la fois distincte de l'activité purement privée et de l'activité de service public.

Si les notions de personnes privées assurant un service public et de personnes privées exerçant une activité privée d'intérêt général s'excluent mutuellement, et si, en théorie, la distinction est aisée à faire dans la mesure où les unes sont des agents de l'intervention et les autres des bénéficiaires de l'activité administrative, en pratique la distinction peut être fort délicate. La difficulté à les distinguer réside dans le fait que les deux assument une activité d'intérêt général et sont susceptibles de bénéficier d'une aide de la puissance publique. La doctrine a relevé, à maintes reprises, que le procédé de la subvention conditionnée est parfois fort proche de la création d'un service public (200). A propos d'une subvention donnée par une personne publique à une personne privée, Hauriou constatait que pour peu que le lien fût resserré, l'entreprise privée pourrait paraître transformée en service public (201).

Dans ces conditions il est difficile de donner un critère de distinction précis. Tout au plus peut-on proposer une ligne directrice, inspirée de Rolland. Une personne privée gérant une activité de service public agit sous la haute direction des gouvernants, alors qu'une personne privée exerçant une activité privée d'intérêt général agit simplement sous le contrôle de la puissance publique. Comment

(195) Bonnard, D.A., p. 711 s. ; V. également Monségur, Les entreprises d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte, th. Bordeaux, 1942, p. 24 s.
(196) Rolland, D.A., n° 29 s., p. 22 s.
(197) Latournerie, concl. sur C.E., 20 déc. 1935, Vézia, R.D.P. 1936. 118, et 13 mai 1938, Caisse Primaire « Aide et Protection », D. 1939.3.71.
(198) Waline, cf. note (190).
(199) De Laubadère, D.A., n° 59 s., p. 47.
(200) « Si un traité formel avec cahier des charges était annexé à la subvention, la combinaison prendrait la figure d'une entreprise de service public », Hauriou, cf. note (80).
(201) Hauriou, id.

savoir s'il y a haute direction ou contrôle ? Rolland répond : « On doit se demander qui a, d'après les règles examinées le dernier mot en matière d'organisation et de fonctionnement. Si le dernier mot appartient aux gouvernants ou à des autorités dépendant d'eux, il y a service public. Au cas contraire, on est devant une entreprise privée » (202).

Notons enfin que si l'expression est souvent utilisée par la doctrine, quelquefois par le législateur, elle ne l'est par le Conseil d'Etat que lorsqu'il ne peut faire autrement (203).

Ces remarques préalables n'ont d'autre prétention que de dissiper — au moins pour les développements qui suivent — toute ambiguïté sur le sens de l'expression activité privée d'intérêt général.

§ 2. — L'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE DANS L'AIDE AUX ACTIVITES PRIVEES D'INTERET GENERAL.

L'aide aux activités privées d'intérêt général n'est pas une tâche monopolisée par la puissance publique. Elle peut être assurée par des personnes privées agissant librement et avec des fonds privés, au titre de la notion de collaboration par voie d'activité parallèle qui, rappelons-le, est exclue de cette étude. Elle peut également être assurée par des personnes privées, agissant comme agents de l'action administrative, c'est-à-dire par des personnes privées octroyant une aide publique.

Dans la mesure où l'aide aux activités privées d'intérêt général comporte en fait deux séries de tâches, l'aide, et le contrôle qui en est le plus souvent la contrepartie, la question se pose de savoir si les personnes privées agents de l'administration sont cantonnées dans l'octroi de l'aide, ou bien, nonobstant le caractère de puissance publique qu'il revêt, sont également investies d'un pouvoir de contrôle. Les personnes privées chargées d'accorder une aide publique sont souvent investies du pouvoir de contrôle correspondant.

A) Intervention dans l'octroi de l'aide.

Doivent être précisées d'une part, la nature de l'aide susceptible d'être octroyée, la nature de l'intervention d'autre part.

Il est certains types d'aides qu'on concevrait mal être accordées par des personnes privées, même agissant pour le compte de la

---

(202) Bonnard indique que l'entreprise d'intérêt public ne devient pas un service concédé parce qu'elle jouit de la liberté commerciale et industrielle, qui est enlevée au concessionnaire de service public. Ce critère éventuellement utilisable pour les institutions exerçant une activité industrielle et commerciale ne l'est pas pour celles qui ont notamment une activité sociale.

(203) Par exemple, lorsqu'une requête porte sur le problème de savoir si une institution est une entreprise d'intérêt général au sens d'une loi donnée. V. C.E., 6 janv. 1950, Société française du liège, Rec. 10. Le Conseil d'Etat donne une définition de l'entreprise d'intérêt général au sens de cette loi.

puissance publique : aides de nature fiscale ou consistant en l'octroi de prérogatives de puissance publique, par exemple un pouvoir d'expropriation. De fait les personnes morales de droit privé sont cantonnées dans l'attribution de l'aide financière : garantie d'emprunt (204), prêt à un intérêt inférieur au loyer normal de l'argent (205), subvention (206) ou prime (207).

En théorie, la nature de l'intervention peut consister soit dans l'édiction des normes générales fixant l'économie du régime de l'aide, soit dans l'attribution de l'aide par décisions individuelles, soit enfin dans le paiement proprement dit de l'aide, envisagé comme une opération matérielle d'exécution de la décision individuelle d'octroi de l'aide.

L'intervention des personnes privées se situe au niveau le moins élevé. Les personnes privées ne sont pas investies du pouvoir de fixer par mesures générales et impersonnelles le contenu du régime de l'aide. La puissance publique conserve pour elle-même cette prérogative.

Le plus souvent aussi (208), la puissance publique garde la haute main sur les décisions individuelles d'attribution de l'aide, soit qu'elle les prenne directement, soit qu'elle les laisse prendre par les personnes privées agissant alors conformément à des instructions très précises, sans pouvoir réel.

---

(204) Cf. a. 3, al. 4 des statuts du Crédit National relatif au concours prêté par cette institution à l'Etat pour l'octroi de sa garantie, dans les conditions prévues par l'article 25 de la loi 50-80 du 7 février 1953.

V. C.E., 26 nov. 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française, R.P.D.A. 1955, p. 22, concl. Mosset, p. 7 s. ; 18 oct. 1957, Société industrielle pour l'utilisation du béton et du bois, D. 1957, 735, concl. Grévisse, A.J.D.A. 1957, 496, chr. Fournier et Baibant.

(205) V. a. 3 des statuts du Crédit National, société dont l'objet est notamment « d'assurer le service des bonifications d'intérêts alloués par l'Etat dans les conditions fixées par le titre II du décret du 25 août 1937 ».

V. d. 24 déc. 1963 relatif aux primes, bonifications d'intérêt et aux prêts à la construction, art. 13, J.O., p. 11864 (Crédit Foncier de France).

(206) Sur l'attribution de subventions par l'intermédiaire de la « Nouvelle Union corporative des résineux », V. C.E., 9 oct. 1967, Syndicat des sylviculteurs du Sud-Ouest, Rec. 356.

(207) La gestion de nombreux « fonds » est (ou était) confiée totalement ou partiellement à des personnes privées, agissant en exécution de décisions d'autorités administratives (F.D.E.S., F.A.S.A.S.A., F.A.C., Fonds de soutien et de régularisation du marché des oléagineux, Fonds d'amélioration de l'habitat, Fonds National de la Productivité, Fonds national de Développement agricole). Il s'agit respectivement du Crédit National ; de l'A.N.M.E.R., de l'A.M.P.R.A., des caisses de mutualité sociale agricole, des caisses régionales de crédit agricole ; de l'A.S.A.T.O.M. ; de la S.I.O.F.A. ; du Crédit Foncier de France (Sur cette institution et le Crédit National, V. M. Lagache, Les investissements privés et le concours financier de l'Etat, Berger-Levrault, 1959, voir notamment comité n° 3 et comité n° 7 du F.D.E.S., p. 93 s.) ; de l'Association française pour l'accroissement de la Productivité (A.F.A.P.) agissant pour le compte du Commissariat général du Plan ; de l'Association nationale de développement agricole. Plusieurs associations plus ou moins fictives servent de « relais » pour la distribution de subventions. V. Rapport de la Cour des Comptes, A.J.D.A. 1963, p. 473. Sur l'A.S.A.T.O.M., V. Conseil économique et social, 18 mai 1963, p. 313.

(208) V. cependant, loi du 4 juillet 1931 (portant création d'un système d'encouragement à la production du lin en France) et le d 30 oct. 1936 (subvention à l'élevage).

Les personnes privées recevant l'aide globale sont chargées de la répartir entre les personnes physiques ou personnes morales bénéficiaires.

Les agents de l'intervention n'ont ainsi généralement qu'un pouvoir de décision restreint (209). Leur mission se borne à centraliser les demandes d'aide (210), instruire le dossier, donner un avis et surtout, une fois la décision prise par la puissance publique, à débloquer les fonds — dont elles ne sont que dépositaires (211) — au profit des bénéficiaires (212).

Si les personnes privées ne sont pas habilitées à octroyer des prérogatives de puissance publique, elles sont souvent autorisées à les utiliser. C'est le cas en matière de contrôle.

B) Intervention dans l'exercice du controle (213).

Les personnes privées dont l'activité consiste à attribuer une aide sur fonds publics sont, le cas échéant, chargées d'exercer le contrôle imposé en contrepartie de l'aide (214).

---

(209) Lorsque les personnes privées ont un pouvoir de décision, elles l'exercent « sous l'autorité » de la puissance publique. (Les textes réglementaires ou les conventions indiquent que les personnes privées doivent se conformer aux instructions ou aux directives qu'elles reçoivent) et qu'elles ont parfois l'obligation de solliciter). Cf. infra, p. 234, note (106).

Un jugement intéressant du Tribunal civil de la Seine précise que le Crédit National « agit exclusivement comme préposé du ministre des Finances lorsqu'il paye les indemnités de dommages de guerre » (D.H. 1930, 203).

(210) Les demandes de subventions émanant des associations départementales de sauvegarde de l'enfance, doivent obligatoirement transiter par les Associations régionales (A.R.S.E.A., rebaptisées centres régionaux de l'enfance inadaptée : C.R.E.A.I.). « Les ministères ignorent » les premières. Cf. P. Meignant, Les associations régionales de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence, th. Nancy, 1960, p. 257.

(211) On ne retrouve pas, par exemple, les sommes versées par le Crédit National pour le compte et aux risques du F.D.E.S. dans le bilan de cet établissement, « car elles ne font que trasinter ». Cf. F. Porte, Le Crédit National, th. Paris, 1965, p. 109.

(212) Cf. les formules que l'on trouve dans les conventions conclues entre l'Etat et les agents de l'intervention : l'aide (les primes, les subventions...) ne sera accordée que « sur décision » ou « au vu de la notification de la décision définitive d'octroi » de l'autorité administrative compétente.

(213) Le contrôle ici étudié est simplement celui exercé en contrepartie d'une aide accordée pour le compte de la puissance publique. Les personnes privées sont aussi investies de tâche de contrôle sans rapport avec l'octroi d'une aide, V. Demichel, op. cit., p. 264 et 266 (contrôle exercé, au nom de l'Etat, par des « organismes intermédiaires » privés).

(214) Les personnes privées n'assurent pas toujours le contrôle exercé en contrepartie de l'aide.

Si elles n'en sont pas chargées lorsque l'aide est directement attribuée par l'administration, il arrive que des agents de celle-ci effectuent le contrôle des organismes qui ont reçu une aide par l'intermédiaire d'une personne privée (Ex. : Dans chaque département, c'est un représentant du ministre qui contrôle que les subventions versées par l'A.N.D.A. sont utilisées conformément aux programmes approuvés, Arr. 10 janv. 1968).

De telles prérogatives sont conférées aux caisses de sécurité sociale (215), au Crédit Foncier (216), au Crédit National (217), aux sociétés d'intervention (218).

Ainsi l'intervention des personnes morales de droit privées dans l'action administrative ne connaît aucun cantonnement horizontal. Elle s'étend à l'ensemble de l'action administrative, qu'il s'agisse de l'aide aux activités privées d'intérêt général, de la gestion des services publics, de la police. Elle n'a pas d'autres bornes que celles qui circonscrivent l'action des personnes publiques elles-mêmes, que ces limitations résultent de l'ordre juridique interne (activité non érigée en activité publique ou cessant d'être une activité publique) ou d'un ordre juridique super étatique (219).

L'absence de cantonnement horizontal ne s'accompagne pas d'une absence de cantonnement sur le plan vertical. L'intervention des personnes morales de droit privé est presque toujours limitée à des tâches d'exécution. Il s'agit d'une intervention « sur un plan subalterne » (220).

*
**

S'il est parfois difficile de distinguer la notion d'intervention définie en ses trois éléments constitutifs (les agents et l'objet de l'intervention reliés ensemble par l'habilitation) de la notion plus large de collaboration des personnes privées à la fonction administrative — tant il est vrai qu'il n'y a pas de rupture brutale dans le passage de l'une à l'autre — il ne paraît pas contestable qu'il existe une notion juridique d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative.

Notion générique certes, étant donné la variété des agents de l'intervention, des habilitations, de l'objet de l'intervention, mais notion juridique néanmoins (221), ainsi que permet de le constater l'étude du régime juridique applicable aux personnes privées auteurs de l'intervention.

---

(215) J.J. Dupeyroux, Sécurité Sociale, n° 164, p. 251 et 252.

(216) V. par exemple, a. 17 de l'arrêté du 27 avril 1946 portant règlement général du Fonds national d'amélioration de l'habitat : le Crédit foncier de France peut faire procéder à la vérification sur place de l'exécution des travaux. Toute infraction constatée notamment lorsque l'exécution des travaux ne sera pas conforme au devis présenté lors de la demande peut entraîner le retrait de l'allocation et éventuellement le reversement total ou partiel des sommes indûment perçues. Cf. C.E., 24 nov. 1965, Société civile immobilière de la Grande Place, Rec. 627.

(217) Le Crédit National est chargé de prendre les garanties pour le compte de l'Etat pour les prêts qu'il octroie au nom de celui-ci. V. F. Porte, p. 113, p. 127 à 129 ; Lagache, op. cit. note (207), p. 143.

(218) V. A. 1er avril 1962, art. 8 : La Société Interlait contrôle les entrées et sorties de stocks (opérations de stockage du beurre). L'article 3 de la convention générale du 8 juin 1960 précise que l'exécution des opérations confiées à cette société est assurée par les professionnels ou organismes de caractère agricole, industriel ou commercial, sous le contrôle de la Société Interlait (qui est également chargée de verser à ceux-ci les sommes dues à l'occasion de l'exécution des opérations susvisées).

(219) Cf. note (112), al. 2 et 3.

(220) Cf. G. Renard, op. cit., p. 28.

(221) Ainsi que cela résulte de la définition donnée dans cette première partie, la notion étudiée est une notion conceptuelle et non pas fonctionnelle.

DEUXIEME PARTIE

Le régime juridique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative

Le régime juridique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative ne peut être un régime homogène. Il y a une tension entre la nature de l'institution, qui commande l'application du droit privé, et le fait de l'intervention dans l'action administrative, qui tend à entraîner une soumission au moins partielle au régime administratif.

Dans l'optique de cette étude, l'intérêt est de rechercher quels sont les effets de l'intervention sur le régime juridique des personnes privées agents de l'action administrative. Cette position du problème exclut une étude globale du régime juridique des agents de l'intervention qui aurait comme inconvénient de juxtaposer des développements de pur droit privé et des développements de droit administratif. Elle conduit à ne prendre en considération que les éléments du régime juridique qui sont spécifiques aux personnes privées exerçant l'action administrative, à l'exclusion de ceux qui sont communs à toutes les personnes privées quelles qu'elles soient.

Les unes se caractérisent par rapport aux autres en ce que, dans la mesure où elles poursuivent les mêmes fins que l'administration, elles utilisent, non pas les seuls moyens du droit privé, mais également les moyens de la puissance publique. Ceux-ci consistent en pouvoirs juridiques, en moyens en personnel et moyens en biens (1). Dans quelle mesure les personnes privées en bénéficient-elles, et sont, en conséquence, soumises au même régime juridique que l'administration, y compris pour les dommages susceptibles d'être causés par l'action de leurs agents ou l'utilisation de leurs biens ? En d'autres termes, il s'agit de savoir sur quels points les personnes privées peuvent bénéficier d'un régime de droit public ou le subir.

Sous réserve des solutions législatives, l'explication du régime juridique des personnes morales de droit privé agents de l'action administrative doit être recherchée dans la combinaison de trois éléments distincts : la nature juridique des institutions concernées — qui, sans qu'il soit le plus souvent utile de recourir à la notion de service public industriel et commercial ou à la notion de service public social (2), entraîne de soi la soumission au droit privé — la notion de service public (3) et la notion de puissance publique, qui ont pour effet, celle-ci plus que celle-là, de déterminer l'application du droit public. La part respective de ces trois coordonnées, dans l'espace à trois dimensions que constitue le régime juridique des

---

(1) Et bien évidemment des moyens financiers. L'étude de ceux-ci, qui à elle seule pourrait faire l'objet d'une vaste recherche, ne sera qu'à peine évoquée, dans le Titre III, p. 255 et 256.

(2) Sur ces questions, V. supra, p. 125 et 128.

(3) Comme on l'a déjà précisé (supra, p. 121, note 157), il faut déterminer si la notion fonctionnelle du service public produit les mêmes conséquences juridiques que la notion organique.

personnes privées intervenant dans l'action administrative, doit être précisée à propos des actes juridiques, des agents, des biens et de la responsabilité.

A partir des règles techniques du régime juridique, il est possible de prendre conscience des idées (qui peuvent ne pas être juridiques) sous-tendant celui-ci, et d'apporter un élément de réponse à la question de savoir quelle est la signification profonde du phénomène d'intervention et notamment s'il correspond à une application particulière de la notion de décentralisation.

Dès le dix-neuvième siècle, les textes relatifs à la manifestation la plus répandue alors d'intervention des personnes privées dans l'action administrative (la concession de travaux publics) précisent que les personnes privées exercent tous les droits conférés à l'administration et sont soumis à toutes les obligations qui lui sont imposées par la loi (4). Ce sont ces « dérogations en plus » et ces « dérogations en moins » (5) par rapport au droit commun qu'il importe d'étudier en droit positif en se plaçant aux quatre points de vue sus-indiqués.

Titre I. — *Les actes juridiques.*

Titre II. — *Les agents.*

Titre III. — *Les biens.*

Titre IV. — *La responsabilité.*

(4) Art. 22 du cahier des charges approuvé par le décret du 19 juin 1857, B.L., p. 258.
Cf. Art. 3 du cahier des charges annexé à la loi du 14 août 1822, B.L., p. 233, « La compagniel est mise au droit du gouvernement » (expropriation et occupation temporaire).

(5) Expressions de M. Rivero. Existe-t-il un critère du droit administratif ? R.D.P. 1953, p. 279.

TITRE I

LES ACTES JURIDIQUES

La question de savoir si l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative produit des conséquences sur le régime juridique de leurs actes revient à se demander dans quelle mesure ces actes, qui sont en principe des actes de droit privé, sont susceptibles d'être soumis du fait de l'intervention au régime des actes de la puissance publique. Cette question doit être posée à la fois pour les actes unilatéraux et pour les contrats.

CHAPITRE I

LES ACTES UNILATERAUX

L'étude du pouvoir de décision unilatérale des personnes privées et du contrôle auquel son exercice est soumis doit être précédée de la position du problème.

Section préliminaire

POSITION DU PROBLEME

Avant de pouvoir être étudié en soi, le pouvoir de décision unilatérale des personnes privées doit être délimité tant du côté du droit privé que par rapport à celui des autorités administratives (au sens organique).

La délimitation du côté du droit privé est moins simple qu'on pourrait le penser. La possibilité de modifier les situations juridiques sans le consentement des intéressés, surtout lorsqu'il s'agit de leur imposer des obligations, bien qu'elle soit traditionnellement considérée comme une prérogative de puissance publique (6), n'est pas inconnue du droit privé. Si la délimitation ne pose pas de problèmes pour les actes unilatéraux « nommés » du droit civil, dont plusieurs ne peuvent d'ailleurs émaner que de personnes physiques, notamment ceux relatifs au droit de la famille, tels la reconnaissance d'enfant naturel (7), les difficultés sont actuellement quasiment insolubles pour certaines manifestations du pouvoir de décision uniatérale que l'on rencontre dans le droit du travail, tels les pouvoirs du chef d'entreprise pour fixer le règlement intérieur (8), et d'une manière plus

---

(6) Les auteurs de droit public qui contestent que le pouvoir de décision unilatérale soit une prérogative de puissance publique ne comparent pas droit public et droit privé, mais se placent à un autre point de vue. Ainsi M. Bénoit montre que, dans une perspective historique, le pouvoir de décision unilatérale constitue, par rapport à l'utilisation pure et simple de la contrainte matérielle, une régression des pouvoirs de la puissance publique (D.A., p. 506-507).

(7) J. Martin de la Moutte, L'acte unilatéral en droit privé, th. Toulouse, 1949, p. 12 s.

(8) V. Durand et Jaussaud. Traité de droit du travail, t. 1, 1947, n° 119, p. 151 et n° 350 s., p. 425. G. Lyon-Caen, Une anomalie juridique : le règlement intérieur, D. 1969, Chron. p. 247. Pour la Cour de Cassation, le règlement intérieur reste un acte de nature contractuelle.

générale pour les pouvoirs réglementaires de droit privé, puisqu'aussi bien cette expression apparemment contradictoire dans les termes correspond à des réalités juridiques consacrées par les tribunaux (9). Ces manifestations du pouvoir de décision unilatérale doivent être écartées, étant donné l'orientation de cette recherche qui porte principalement sur la question de savoir dans quelle mesure les actes des personnes privées intervenant dans l'action administrative relèvent du régime des actes de puissance publique.

Du côté du droit administratif, le problème est de distinguer le pouvoir de décision unilatérale des personnes privées de celui des autorités administratives (au sens organique).

Il n'y a pas de difficulté lorsqu'on est en présence d'actes unilatéraux émanant de personnes privées ou d'autorités administratives (au sens organique) qui sont juridiquement parfaits par la seule volonté de leur auteur (10). Mais le plus souvent ,pour être définitif ou parfait, l'acte unilatéral exige l'intervention conjointe des organes ou représentants, et d'une personne publique, et d'une personne privée. Existe-t-il, dans cette situation intermédiaire, des actes unilatéraux que l'on puisse considérer comme émanés d'une personne privée ? Une réponse affirmative s'impose. Cette catégorie intermédiaire d'actes unilatéraux ne présente qu'une unité négative. En son sein, il est possible de distinguer deux séries d'hypothèses. Dans un cas, il s'agit d'actes unilatéraux de personnes publiques pris avec la simple participation d'une personne privée (11). Dans l'autre, d'actes unilatéraux de personnes privées exigeant pour être parfaits l'intervention

---

(9) C.E., 5 févr. 1954, Société J. Perdrieux et Cie, Rec. 80 (Cf. infra, p. 155 ; T.C., 12 juin 1961, Rolland, Rec. 866 (Cf. supra, p. 115 et infra, p. 169) ; C.E., 30 nov. 1962, Pause, Rec. 552). V. J.C. Douence, Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration, préface J.M. Auby, L.G.D.G., 1968, p. 78 s.

(10) Ne sont pas considérés comme actes unilatéraux édictés par des personnes privées, les décisions émanant d'une autorité administrative collégiale, même principalement ou uniquement composée de représentants de personnes privées, qu'il s'agisse de l'organe d'un établissement public « corporatif » ou d'une commission administrative dotée d'un pouvoir de décision (commissions de notoriété médicale). Juridiquement il s'agit d'autorités administratives au sens organique.

(11) La participation des personnes privées aux actes unilatéraux des autorités administratives est plus ou moins poussée. Elle s'échelonne de l'avis simple à l'avis conforme en passant par les décisions unilatérales devant intervenir sur la demande ou sur proposition des personnes privées. La collaboration des personnes privées aux actes des autorités administratives relève essentiellement de la notion de consultation. Les auteurs n'ont pas isolé au sein de l'administration consultative la consultation de personnes morales de droit privé, qui n'a ainsi jamais fait l'objet d'une étude particulière. Cette constatation s'explique, semble-t-il, par l'absence de spécificité des règles appliquées à la consultation des personnes privées par rapport à celles dégagées par le juge en ce qui concerne l'administration consultative en général.

1° La presque totalité des arrêts intervenus sont relatifs au contentieux de la légalité. Les décisions des autorités administratives doivent être annulées — d'une part si elles n'ont pas été précédées de la consultation imposée par les textes (C.E., 7 déc. 1960, Magnol et Orliac, Rec. 6792; 20 nov. 1964, Ministre de la Santé Publique et de la Population c/ Josselin. A.J.D.A. 1965. 356, obs. B. Paulin. La consultation doit être considérée comme une formalité substantielle en tant que destinée à fournir une garantie pour les administrés, V. C.E., 8 mars 1907, Verrot, Rec. 246. Il faut réserver le cas des formalités impossibles, Cf. Odent, C.A., p. 1172 s.), — d'autre part si la consultation est intervenue dans des conditions illégales : organisme irrégulièrement composé (C.E., 9 déc. 1966, Berland, Rec. 651), décision intervenue après un long

d'une personne publique. Bien que dans les deux cas le rôle des personnes privées s'analyse en une intervention dans l'action administrative, il convient d'exclure les actes unilatéraux des personnes publiques édictés avec la participation des personnes privées et de retenir seulement les actes unilatéraux des personnes privées comportant l'intervention d'une personne publique. Cette solution permet de centrer l'étude sur des hypothèses correspondant véritablement à l'exercice par une personne privée d'un pouvoir de décision unilatérale, pouvoir que celle-ci utilise sous le contrôle de l'autorité administrative.

Section I

LE POUVOIR DE DECISION UNILATERALE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE

Une fois indiqué le contenu de cette compétence, se pose le problème de la nature juridique des décisions prises au titre de celle-ci.

Sous-section I. — *LE CONTENU DU POUVOIR DE DECISION UNILATERALE.*

L'étude de l'objet de l'intervention a montré que la nature des activités gérées (le plus souvent des services publics à gestion privée ou la réalisation de simples opérations matérielles) requiert davantage les procédés du droit privé que ceux du droit public.

Il n'est donc pas surprenant qu'une minorité seulement des personnes privées participant à l'exercice de la fonction administrative

---

délai suivant la consultation, les circonstances économiques et sociales ayant pu changer (C.E., 18 mars 1959, de la Fournière, Rec. 193), avis entaché de détournement de pouvoir (C.E., 2 juin 1948, Thomas frères, Rec. 242).

En ce qui concerne plus spécialement les décisions devant être prises sur proposition d'une personne privée, le juge administratif admet qu'elles lient l'autorité compétente qui ne peut que s'y conformer, en demander de nouvelles ou s'abstenir d'agir (C.E., 26 mars 1965, Magnol et Orliac, Rec. 196, concl. Bertrand), et qui ne peut pas agir tant qu'elle n'a pas été saisie de proposition. Dans le cas de décisions administratives devant intervenir sur la demande d'une personne privée, le juge vérifie que l'autorité compétente a bien été saisie d'une demande et annule dans le cas contraire (C.E., 24 juin 1944, Condamne, Rec. 182).

Tous les arrêts cités sont relatifs à la participation de personnes privées aux décisions des autorités administratives. Pour une vue d'ensemble de la question, V. Odent, C.A., p. 1145 s.

2° En matière de contentieux de pleine juridiction, les dommages causés par le défaut illégal de consultation d'une personne privée sont susceptibles d'engager la responsabilité de la puissance publique (C.E., 4 janv. 1960, Derimay, Rec. 1).

soit investie (12) d'un pouvoir de décision unilatérale. La limitation des titulaires de cette compétence ne s'accompagne pas d'une limitation quant à la nature de la compétence attribuée. Les personnes privées ne sont pas cantonnées dans l'exercice d'un pouvoir de décision unilatérale à caractère individuel, mais sont également investies d'un certain pouvoir réglementaire. Ces deux catégories de compétence permettant de modifier par actes-règles ou par décisions individuelles la situation juridique de sujets de droit en l'absence de tout consentement de leur part doivent être successivement analysées (13).

§ 1. — LE POUVOIR REGLEMENTAIRE.

Indépendamment de la qualité de son auteur, l'acte réglementaire se définit en principe par une structure et des effets particuliers : c'est un acte juridique unilatéral, général, exécutoire.

Tous les actes considérés ici comme réglementaires ne répondent pas exactement à cette définition. Si la majorité sont bien des actes unilatéraux décisoires à caractère général, une partie d'entre eux ne présente que certains traits de l'acte réglementaire, tels le caractère général et le caractère exécutoire, mais n'ont pas un caractère unilatéral. Du point de vue de leur structure, ce sont des actes de nature conventionnelle, mais par leurs effets ils s'apparentent à des actes réglementaires unilatéraux. Dans une conception large du pouvoir réglementaire qui n'est pas contraire au droit positif, ces différentes attributions normatives des personnes privées doivent être regroupées, bien que dans un cas le pouvoir normatif résulte d'une manifestation de volonté unique (ou de la manifestation de plusieurs volontés « parallèles »), alors que dans l'autre il procède d'un « croisement de volontés », d'un accord de volonté non unilatéral (14). La catégorie présente une unité réelle dans la mesure où ces deux types d'actes s'imposent à des personnes qui n'y ont pas consenti.

Le regroupement n'interdit pas la distinction. Les actes unilatéraux des personnes privées de nature réglementaire s'opposent aux actes des personnes privées ayant seulement la portée de l'acte réglementaire.

---

(12) Il arrive que certaines personnes privées s'arrogent illégalement ce pouvoir sans qu'aucun texte le leur ait conféré. Hauriou donne l'exemple de sociétés concessionnaires de service public « procédant par des décisions exécutoires, comme si elles eussent été des administrations publiques » (Note sous C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, S. 1916, III, p. 20, Notes d'arrêts, t. III, p. 612-613).

(13) Il n'est pas nécessaire de prendre en considération dans cette étude l'existence d'actes non réglementaires et non individuels. Cf. Dewost et Denoix de Saint-Marc, A.J.D.A. 1969. 430.

(14) Expressions empruntées à G. de Bezin, Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe, Recueil de législation de Toulouse, 1905, t. 1er, p. 298.

A) Les actes de nature réglementaire.

Il est exceptionnel que la doctrine mentionne des personnes morales de droit privé parmi les titulaires du pouvoir réglementaire (15). Or, il n'est pas rare que celles-ci soient investies de la compétence d'édicter des actes juridiques unilatéraux ayant un caractère général, impersonnel ainsi qu'exécutoire.

Comme pour les autorités administratives, cette compétence peut être exercée en vue de trois objets principaux : police, organisation des services publics, exécution des lois (16).

Les développements relatifs à l'objet de l'intervention ont montré que les personnes privées sont investies d'un certain pouvoir normatif tant en ce qui concerne la police (et notamment la police économique) (17) que l'organisation des services publics (18). Si les réglementations édictées par les personnes privées portent principalement sur ces deux domaines, certaines ne visent pas à assurer l'ordre public (administratif ou économique), ni à fixer les règles concernant les relations du personnel ou des usagers avec le service, c'est-à-dire ne concernent ni la police, ni l'organisation du service public tels qu'ils ont été définis.

Bien qu'étant très compréhensive, la notion de police retenue n'a pas englobé ce que les auteurs, qui assimilent purement et simplement police et réglementation, nomment les « polices professionnelles », par exemple les attributions normatives des compagnies d'officiers ministériels qui, rappelons-le, sont des établissements d'utilité publique (et celle des ordres professionnels si l'on admet qu'ils constituent des personnes morales de droit privé) (19).

Parfois la détention d'un pouvoir normatif est moins apparente, mais tout aussi réelle : ainsi dans le cas de personnes privées habilitées à établir des actes-types qui s'imposent aux intéressés (règlement intérieur-type des groupements professionnels routiers établi par le Comité National Routier (20), convention-type élaborée par l'Association nationale de développement agricole (A.N.D.A.), précisant notamment les droits et obligations des organismes bénéficiaires de l'aide attribuée par celle-ci) (21). Le juge administratif a admis récemment la notion de « pouvoir réglementaire qui s'exerce par la voie des clauses essentielles des contrats-types » (22).

---

(15) V. cependant R. Maspétiol, Le pouvoir réglementaire des organismes professionnels en droit français, Etudes de droit contemporain, t. IV. J.C. Douence, op. cit., p. 78 s. et 359.

(16) Waline, D.A. 1963, n° 193 s., p. 121 s.

(17) Sur les actes réglementaires des personnes privées en matière de polices spéciales ou de police économique, V. supra, p. 107 s.

(18) Sur les actes réglementaires des personnes privées en matière d'organisation des services publics, V. supra, p. 113 s.

(19) Cf. supra, p. 45 s.

(20) Cf. Rongère, op. cit., p. 235.

(21) D. n° 744 du 4 oct. 1966, a. 3, al. 2.

(22) C.E., 14 fév. 1969, Association syndicale nationale des médecins exerçant en groupe ou en équipe, A.J.D.A. 1969. 198, chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc, p. 161.

Ces hypothèses ne doivent pas être confondues avec des situations voisines dans lesquelles les actes-types émanent non pas d'une seule, mais de deux personnes de droit privé.

B) Les actes ayant une portée réglementaire.

Dans les actes de nature réglementaire, le pouvoir normatif des personnes morales de droit privé résulte de l'utilisation du procédé de l'acte unilatéral.

Les actes ayant simplement une portée réglementaire ne présentent de l'acte réglementaire que les effets, c'est-à-dire qu'ils s'imposent aux intéressés indépendamment de tout consentement. Ces effets ne sont pas obtenus par une manifestation unilatérale de volonté, mais par la technique conventionnelle. Ces actes sont de simples accords (collectifs) de droit privé, qui sont rendus obligatoires. Dans une vision anticipatrice du droit positif, Duguit a, dès le début du siècle, pressenti que cette technique juridique allait être promise à un grand avenir. « Les gouvernants feront de moins en moins de lois parce que les rapports des individus et des groupes seront surtout régis par des règlements conventionnels, règlements résultant de l'entente entre deux ou plusieurs groupes, les gouvernants ne devant intervenir que pour donner une sanction, les contrôler et les surveiller » (23).

La manière dont ces accords de droit privé s'imposent à des personnes qui ne les ont pas consentis permet d'en sous-distinguer deux modalités différentes.

Dans certains cas, les accords sont étendus à des personnes non adhérentes aux institutions qui les ont conclus. On peut parler de pouvoir réglementaire par extension des règles.

Dans d'autres hypothèses, les mêmes résultats sont obtenus par l'adhésion forcée des personnes aux groupements qui concluent l'accord. Il s'agit alors d'un pouvoir réglementaire par intégration des personnes.

En droit positif, la technique du pouvoir réglementaire par extension des règles est plus utilisée que celle du pouvoir réglementaire par intégration des personnes.

La première a été utilisée dès 1923 (Loi du 29 déc., codifiée à l'article 43 a du Livre II du Code du Travail) en matière de réglementation du repos hebdomadaire (accord intersyndical rendu obligatoire par le préfet, à condition qu'il représente la volonté de la majorité des intéressés) (24), et transposée du secteur social, où elle a connu les plus nombreuses applications, au secteur économique.

---

(23) L. Duguit, Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, Paris, Alcan, 1911, p. 57.

A ne pas confondre avec les « règlements conventionnels » liant une personne publique et une personne privée, cf. C.E., 23 févr. 1968, Picard, Rec. 131, Cf. infra, p. 253, note (165) in fine.

(24) V. une synthèse toujours actuelle de la jurisprudence intervenue sur cette question dans Bonnard, Syndicalisme, Corporatisme et Etat corporatif, R.D.P. 1937, p. 82 s.

Cf. Rigaud, concl. sur C.E., 18 déc. 1964, Ministre du Travail c. Union pharmaceutique des sociétés mutualistes des Alpes-Maritimes, Dr. Soc. 1065, p. 356. Le commissaire du gouvernement qualifice ce procédé de « régime conventionnel dans son initiative mais réglementaire dans son institution ».

En matière sociale, la plus connue est la technique de l'extension des conventions collectives du travail instituée par la loi du 24 juin 1936 (25), aujourd'hui utilisée pour les conventions collectives de sécurité sociale (26).

Le procédé de la loi du 29 décembre 1923 se retrouve dans la loi du 13 mars 1937, prévoyant que le préfet peut rendre obligatoire à l'ensemble de la profession, dans une commune ou une région déterminée, les mesures, réglant un certain nombre de problèmes, adoptées en accord par les syndicats loueurs de voitures publiques et les syndicats de conducteurs de celles-ci (27).

Dans le domaine économique, la loi du 6 juillet 1964 tendant à définir les principes et les modalités du régime contractuel en agriculture applique une technique voisine : les organisations professionnelles nationales les plus représentatives sont compétentes pour établir des accords professionnels à long terme pouvant faire l'objet d'une extension en vue de leur conférer un caractère obligatoire (28).

Dans les années trente, une formule analogue est pratiquée par certaines ententes obligatoires. Contrairement à ce que donne à penser cette appellation, elles ne sont pas nécessairement des groupements auxquels doivent adhérer tous les professionnels. L'adhésion est facultative, mais ceux qui n'ont pas adhéré n'en sont pas moins tenus d'observer, sous peine de sanctions (pénales ou administratives), la réglementation résultant des accords conclus par les groupements à certaines conditions de majorité (29).

Dans certains cas, il s'est agi vraiment d'ententes obligatoires en ce sens que l'adhésion au groupement est forcée : le caractère contraignant des règles, résultant de l'accord de deux groupements, procède non de l'extension de celles-ci, mais de l'intégration des personnes.

En droit positif, une telle formule est utilisée par les textes relatifs à la chicorée. L'adhésion aux groupements professionnels

---

(25) Visant la loi du 24 juin 1936 dont le régime a été sur ce point repris dans la loi du 11 février 1950, M. Drago indique « qu'un véritable pouvoir réglementaire apparaît au profit des syndicats », thèse citée, p. 146.

MM. Rivero et Savatier écrivent : « La procédure d'extension donne à la convention l'autorité d'un véritable règlement à l'égard des non signataires », Droit du travail, P.U.F. 1966, p. 245. V. P. Durand, Les effets de l'extension, Dr. Soc. 1956, 24.

(26) P. Durand, Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale, Dr. soc. 1960, p. 42. A propos de ces dernières, M. Braibant (concl. citées infra, p. 189, note 4) reconnaît qu'elles constituent une véritable réglementation locale des soins donnés aux assurés, mais refuse d'admettre qu'elles se rattachent à l'exercice d'un pouvoir réglementaire car leurs effets réglementaires ne résultent pas directement de la convention elle-même mais sont le fait de la décision d'approbation. On peut répondre qu'il en est pratiquement toujours ainsi même pour les actes unilatéraux réglementaires qui n'acquièrent un caractère exécutoire qu'en vertu d'une approbation.

(27) C.E., 11 déc. 1959, Compagnie française des automobiles de place, Rec. 666 ; 13 juillet 1962, Syndicat des taxis gapençais, Rec. 477 ; 27 nov. 1964, Chambre syndicale des cochers et chauffeurs de voiture de place, Rec. 592.

Il résulte de ces arrêts que le préfet a un pouvoir discrétionnaire pour rendre l'accord obligatoire, mais a compétence liée pour abroger un arrêté rendant l'accord obligatoire si celui-ci est rompu par les groupements signataires. Il ne pourrait, à défaut d'accord, régler lui-même les points prévus à l'article 1er de la loi de 1937.

(28) Art. 1er, al. 4 et al. 6, art. 2 et s. et notamment art. 7.

(29) V. Chappellu, op. cit., p. 97.

constitués en application de la loi du 24 mai 1951 est obligatoire pour quiconque désire participer à la répartition du contingent global. Les infractions aux clauses des accords sont sanctionnées administrativement et pénalement (30).

Si un pouvoir réglementaire est attribué aussi bien aux personnes privées gérant un service public administratif qu'un service public à caractère industriel ou commercial (31), le pouvoir de décision unilatérale en matière individuelle est principalement accordé aux premières.

§ 2. — LES ACTES INDIVIDUELS EXECUTOIRES.

Les personnes privées prennent des actes individuels unilatéraux, soit en exécution des mesures générales qu'elles ont compétence pour établir, soit le plus souvent en exécution de règles émanant de la puissance publique.

La juridiction administrative est souvent amenée à constater l'existence d'un pouvoir de décision unilatérale en matière individuelle. Parfois d'une manière implicite, en admettant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des actes unilatéraux émanés d'institutions privées (32). Parfois d'une manière explicite, notamment dans le cas où se pose le problème de la compétence du juge administratif.

Certains arrêts mentionnent expressément le caractère « exécutoire » des décisions (33) ou notent que les personnes privées sont compétentes pour prendre des « décisions unilatérales individuelles qui s'imposent aux propriétaires ou usagers intéressés » (34).

D'autres disent que tel « organisme professionnel de droit privé... est doté d'un pouvoir de décision qui constitue une prérogative de la puissance publique » (35).

Un arrêt récent, dont on a déjà vu qu'il constitue à un autre point de vue une synthèse des formules antérieures, opère la fusion des deux expressions susvisées en parlant de « décisions unilatérales individuelles qui s'imposent aux intéressés et constituent l'usage... d'une des prérogatives de puissance publique... conférées par la loi » (36).

---

(30) V. Loi n° 51.676 du 24 mai 1951, d. n° 631 du 31 mai 1952 (Comp. avec le décret du 8 mai 1936), d. 20 mai 1966.
C.E., 20 janv. 1951, S.A.R.L. Leroux, Rec. 25 ; 27 avr. 1956, Cailliau-Pote, Rec. 536.

(31) Cf. T.C., 12 juin 1961, Rolland, Rec. 866 ; 15 janv. 1968, Barbier, Rec. 789, concl. Kahn, cf. supra, p. 115 et infra, p. 170.

(32) Arrêts cités infra, note (53) (Palaprat) et note (68) (Geslin).
Adde, C.E., 17 juin 1964, Solo, Rec. 340.

(33) C.E., 29 oct. 1952, Delsuc, Rec. 478.

(34) C.E., 13 janv. 1961, Magnier, Rec. 33.

(35) On trouve cette formule dans les trois espèces suivantes : C.E., 6 oct. 1961, Fédération nationale des huileries, groupement national des produits oléagineux (2 espèces), Rec. 544 ; 7 nov. 1962, Caisse générale de la péréquation de la Papeterie, Rec. 592. Dans les trois cas, il s'agit d'un pouvoir de décision en matière de police économique.

(36) C.E., 12 juill. 1968, Capus, D. 1968. 674. Cf. infra, p. 160.

Le pouvoir de décision exécutoire étant traditionnellement considéré comme le signe d'une situation exorbitante du droit commun, on peut penser que les actes auxquels le caractère exécutoire est reconnu, qu'il s'agisse de règlements ou d'actes individuels, constituent dans tous les cas des actes de nature administrative, soumis en conséquence au régime des actes de puissance publique.
Les juridictions ne suivent pas ce raisonnement. Elles opèrent au sein des actes unilatéraux des personnes privées intervenant dans l'action administrative une distinction entre ceux qui ont et ceux qui n'ont pas une nature administrative.

Les décisions exécutoires des personnes privées agents de l'intervention n'étant pas nécessairement administratives, la recherche de la notion d'acte administratif unilatéral émanant d'une personne privée s'impose.

Sous-section II. — *LA NATURE JURIDIQUE DES DECISIONS UNILATERALES.*

Les textes législatifs décidant la soumission au régime administratif de certains actes unilatéraux émanés de personnes privées étant exceptionnels (37), le problème du ou des critères de l'acte unilatéral administratif d'une personne privée se pose essentiellement par référence aux qualifications jurisprudentielles.

Depuis que s'est posée la question de savoir si l'acte d'une personne privée peut être de nature administrative (38), plusieurs périodes peuvent être distinguées. Dans un premier temps qui va

---

(37) L'intention du législateur résulte de l'attribution à la juridiction administrative du contentieux de ces actes. V. art. 95 du décret du 31 déc. 1936 portant codification des textes concernant la Banque de France. C.E., 24 janv. 1968, Syndicat national du cadre secrétaire-comptable de la Banque de France, Rec. 53. Lorsque le juge administratif déclare une requête irrecevable, c'est que l'acte attaqué ne présente pas le caractère d'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (C.E., 17 juillet 1925, Association amicale du personnel de la Banque de France, D. 1926.3.9, concl. Berger, note H. Capitant). Sur les litiges concernant la Banque de France, V. Auby et Drago, C.A., t. I, n° 345, p. 361.

Autre exemple d'acte administratif par détermination de la loi : La désignation des membres du Conseil économique et social (a. 10 de l'ordonnance n° 1360 du 29 déc. 1958) même si elle émane d'une personne privée. C.E., 3 nov. 1967, Fédération nationale des Sociétés coopératives de commerçants, Rec. 405, concl. Galmot (Cf. Braibant, concl. sur C.E., 19 avril 1968, Conseil départemental de la Corse de l'Ordre des médecins, Rec. 247).

(38) Les premières décisions relatives à ce problème paraissent être des arrêts relatifs à l'interprétation de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 ouvrant le recours pour excès de pouvoir « contre les actes des diverses autorités administratives ». V. C.E., 14 févr. 1911, Finaz, Rec. 190 (Chambres syndicales d'agents de change) ; 28 juin 1912, Coutton, Rec. 739 (conseils d'administration des caisses d'épargne).

V. Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Payot, 1926, p. 63.

Adde Waline, note sur C.E., 6 oct. 1961, Groupement national d'achat des produits oléagineux, R.D.P. 1962, p. 722.

jusqu'en 1942 (39), le Conseil d'Etat refuse d'admettre que des actes unilatéraux pris par des personnes privées puissent constituer des actes administratifs, et, ou bien ne fonde ses refus sur aucun motif. ou bien se borne à invoquer le seul statut juridique privé de l'auteur de l'acte, manifestant par là son attachement à une notion purement organique de l'acte administratif. Dans un deuxième temps, il adopte des motifs de refus fondés sur l'analyse de l'acte lui-même, laissant deviner par là que le caractère privé de l'auteur de l'acte ne suffit plus à entraîner nécessairement le caractère privé de celui-ci (40). Depuis l'arrêt Magnier, enfin, la jurisprudence s'est enrichie de décisions permettant de connaître à quelles conditions l'acte unilatéral d'une personne privée peut être administratif. Cette jurisprudence émane principalement de la juridiction administrative et du Tribunal des Conflits. Le Conseil d'Etat, statuant à propos d'actes unilatéraux émis par des personnes privées gérant un service public de nature administrative, admet le caractère administratif de ces actes sur un double fondement. Le Tribunal des Conflits, dans un arrêt récent, vient d'admettre expressément que certains actes unilatéraux pris par des personnes privées gérant un service public à caractère industriel et commercial peuvent présenter le caractère d'actes de droit public.

Ce sont ces deux points qu'il convient de préciser, sur la base d'une distinction organique qui, outre qu'elle suit l'ordre chronologique, correspond à des éléments de fond : 1° Le double critère de l'acte administratif selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (services publics administratifs) ; 2° L'extension du domaine d'application de la notion d'acte administratif des personnes privées en vertu de la jurisprudence du Tribunal des Conflits (services publics industriels et commerciaux).

§ 1. — LE DOUBLE CRITERE DE L'ACTE ADMINISTRATIF SELON LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ETAT

(Services publics administratifs).

L'acte unilatéral d'une personne morale de droit privé est administratif, soit en raison de sa nature propre, soit en raison de son imputation à une personne publique. L'existence de ce double critère peut être déduite a contrario de l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 juin

(39) Cette date correspond à l'arrêt Monpeurt. En qualifiant d'acte administratif une décision émanée d'une institution dont la nature juridique n'est pas définie positivement, le Conseil d'Etat a jeté les premières bases d'une interprétation non organique de l'expression « autorités administratives » qui a été transposée de la loi du 24 mai 1872 dans l'ordonnance du 31 juillet 1945 (art. 32).

Bien que nous ayons pris position en faveur de la nature privée des comités d'organisation, des ordres professionnels et des comités des pêches maritimes (supra p. 45 s.), nous rappelons qu'étant donné le caractère incertain de ces institutions, il a été jugé préférable de les écarter. Il ne sera donc question dans cette étude que des décisions relatives à des groupements dont le caractère privé n'est pas contestable (de lege lata) étant donné une qualification en ce sens par le législateur ou par le juge.

(40) V. infra, p. 153 s.

1965, SETA (R.D.P. 1966.343), décidant que la décision de la Caisse autonome de retraite des médecins français — qui est une personne morale de droit privé — ne constitue pas un acte administratif au motif que celle-ci « n'a pas agi en prenant la décision attaquée pour le compte d'une collectivité publique et n'a pas fait usage dans l'exercice d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique ».

Cet arrêt pose un problème d'interprétation qui porte sur la signification de la conjection « et ». A-t-elle un sens cumulatif ou alternatif ? Est-il nécessaire, pour que l'acte d'une personne morale de droit privé puisse être considéré comme administratif, que son auteur ait agi à la fois pour le compte d'une collectivité publique et qu'il ait fait usage dans l'exercice d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique, ou bien suffit-il que l'une ou l'autre de ces conditions soit remplie ?

A la lumière de la jurisprudence antérieure, il ne fait aucun doute que le mot « et » a un sens alternatif. Pour que l'acte unilatéral d'une personne privée constitue un acte administratif, il faut et il suffit, soit que son auteur ait fait usage dans l'exercice d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique, soit que cet acte ait été adopté pour le compte d'une collectivité publique.

L'arrêt SETA permet donc d'affirmer que pour le Conseil d'Etat il y a un double critère de l'acte administratif au sens fonctionnel, l'un fondé sur l'objet de l'acte, l'autre sur l'imputation de l'acte d'une personne privée à une personne publique.

Il importe de vérifier d'une manière positive ce que l'arrêt SETA permet de déduire a contrario.

A) Le critère de l'acte administratif fondé sur la nature propre de l'acte.

Dans un premier stade, le Conseil d'Etat est principalement conduit à affirmer le caractère non administratif des actes pris pour le fonctionnement interne de l'institution auteur de l'acte et régissant des rapports de droit privé.

Dès cette époque, une partie de la doctrine dégage a contrario la règle du caractère administratif des actes comportant l'usage dans l'exercice d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique, critère que le Conseil d'Etat ne formule nettement lui-même que plus tard.

1° *Caractère non administratif des actes pris pour le fonctionnement interne de l'institution et régissant des rapports de droit privé.*

Une première série d'arrêts permet de vérifier que le Conseil d'Etat exige deux conditions pour qu'un acte unilatéral soit déclaré non administratif : 1) qu'il soit relatif à l'organisation ou au fonctionnement de l'institution auteur de l'acte ; 2) qu'il concerne des rapports de droit privé.

S'il est vrai que dans les arrêts constituant cette jurisprudence, le fonctionnement de l'institution est toujours régi par le droit privé, cela n'est pas la conséquence d'une nécessité absolue. Rien n'empêche de concevoir qu'un organisme de droit privé soit régi quant à son fonctionnement interne par des règles de droit public. Ce critère comporte donc bien deux éléments distincts.

Dans l'arrêt Morand — dont il sera également question plus loin, car il admet explicitement que certains actes pris par les organications corporatives agricoles du régime de Vichy ont une nature administrative — le Conseil d'Etat décide que « les délibérations des syndicats locaux, des unions régionales et du Conseil national relatives à l'institution ou aux modalités de fonctionnement de ces divers organismes privés ne sauraient être regardées comme ayant revêtu un tel caractère » (administratif). La raison en est que le fonctionnement de ces institutions est, de par la volonté du législateur, régi par le droit privé, plus précisément, ainsi que l'indique le Conseil d'Etat, « par les dispositions du Livre 3 du Code du travail, c'est-à-dire par la législation sur les syndicats professionnels » (41). Cette affirmation n'est pas gratuite, car, de fait, l'adhésion au syndicat est libre et non pas forcée.

Bien qu'il ait donné lieu à des interprétations divergentes de la doctrine, l'arrêt Compagnie générale d'importation (42) paraît avoir la même signification que l'arrêt Morand. Le Conseil d'Etat se déclare incompétent pour connaître d'une requête tendant à l'annulation d'une délibération par laquelle un groupement national d'achat — dont le législateur a prévu la constitution sous la forme de société commerciale — a rejeté la demande d'admission en son sein présentée par la compagnie requérante, au motif « qu'il résulte de la loi que ces sociétés, en ce qui touche notamment leur fonctionnement et les rapports avec leurs membres, sont soumises aux règles du droit privé ». Dans la mesure où le législateur n'a pas imposé l'adhésion obligatoire des entreprises au groupement national d'achat, la position du Conseil d'Etat ne paraît pas critiquable.

Il reste que l'interprétation de cet arrêt est délicate, car on ne peut en déduire d'une manière absolument certaine que le juge a entendu distinguer les actes relatifs au fonctionnement du groupement national d'achat et qui sont des actes privés, et d'autres actes — dont on verra plus loin le contenu — qui peuvent être administratifs.

Le terme « notamment », dans l'incidente du considérant susvisé de l'arrêt Compagnie générale d'importation, est énumératif et non limitatif, ce qui a conduit plusieurs auteurs à soutenir que le Conseil d'Etat a fondé sa décision d'incompétence non sur l'objet de l'acte, mais sur la nature juridique de la personne en cause (43).

Une telle interprétation, qui n'est pas contraire à l'exégèse de l'arrêt, ne semble pas devoir être retenue. A la lumière de l'arrêt Morand,

---

(41) C.E., 26 juin 1946, Morand, Rec. 183 ; S. 1947.III.19, note P.H.

(42) C.E., 25 juin 1948, Compagnie générale d'importation, Rec. 300 ; Dr. soc. 1948, 313, note M.G. W.

(43) Cf. Waline, note citée (38), p. 723-724 ; Lavigne, R.P.D.A. 1956, p. 102 ; Kahn, concl. sur T.C., 3 mars 1969, « Société Interlait », A.J.D.A. 1969, p. 309.

on doit admettre que le Conseil d'Etat a pris en considération l'objet de l'acte (relatif au fonctionnement interne de l'institution) et le fait qu'il est régi par le droit privé.

L'arrêt Safla (44) fait également application des mêmes principes, mais d'une manière moins évidente qu'on a pu le soutenir (45). Le Conseil d'Etat décline la compétence de la juridiction administrative, à propos d'une décision d'exclusion d'une entreprise par un syndicat, en disant : « Les syndicats professionnels créés en application de la loi du 21 mars 1884 constituent des organismes privés ; les fonctions administratives qui en vertu de la loi du 26 avril 1946 ont pu leur être confiées n'ont pas modifié leur nature ». A en croire la lettre de cet arrêt, le Conseil d'Etat paraît avoir pris en considération la nature juridique de l'institution et non l'objet de la décision, relative au fonctionnement d'un syndicat régi pour cet aspect de son activité par le droit privé. La doctrine ne s'y est pas trompée qui a interprété l'arrêt Safla par référence aux arrêts Morand et Compagnie générale d'importation.

Une motivation moins laconique que celle de l'arrêt Safla figure dans l'arrêt Syndicat industriel d'utilisation et de transformation des fruits secs (46). Le Conseil d'Etat décline la compétence de la juridiction administrative à propos d'une décision de l'Union des syndicats refusant d'admettre le syndicat requérant au nombre de ses adhérents, au motif que « l'Union est un groupement dont la constitution et le fonctionnement, notamment en ce qui concerne les rapports entre ledit groupement et ses membres, sont soumis aux règles du droit privé ». Le Conseil ajoute — mais cela résultait déjà des arrêts Morand et Safla — « que cette situation n'a pas été modifiée par la mission de service public dont le groupement sus-mentionné a été chargé ».

Cet arrêt nullement novateur présente cependant un intérêt, celui d'opérer la synthèse des formules de l'arrêt Morand (institution et modalités de fonctionnement) et de l'arrêt Compagnie générale d'importation (en ce qui touche notamment leur fonctionnement et les rapports avec les membres). L'idée que ce fonctionnement est régi par le droit privé est reprise dans un autre considérant où le Conseil note que la répartition des produits dont l'Union a la charge n'est pas limitée aux seules entreprises membres dudit groupement, ce qui revient à dire que l'adhésion au groupement n'est pas obligatoire pour les intéressés. De cette indication il est possible de déduire a contrario que si la répartition avait été limitée aux seules entreprises membres de l'organe répartiteur, le refus d'admission, qui serait alors apparu comme un refus indirect d'attribuer une part du contingent global, eût revêtu une nature administrative.

---

(44) C.E., 10 févr. 1956, Société Safla, Rec. Tables, p. 738 ; A.J.D.A. 1956.2.97, obs. Pinto.

(45) Timsit, op. cit., p. 297.

(46) C.E., 2 janv. 1959, Syndicat industriel d'utilisation et de transformation des fruits, pâtes de fruit et fruits secs, Rec. 1, A.J.D.A. 1959.II.69, obs. Pinto.

Il est possible d'invoquer en faveur d'une telle interprétation l'arrêt Société Perdrieux (47).

Le Conseil d'Etat refuse d'admettre le caractère administratif des règlements édictés par un comptoir ayant un monopole de vente et groupant à titre obligatoire toutes les entreprises intéressées au sein d'une S.A.R.L., au motif notamment que ce règlement n'est pas relatif aux rapports entre ces entreprises et le comptoir. C'est dire, a contrario, que si les règlements avaient été relatifs aux rapports du comptoir avec ses membres, ils eussent présenté un caractète administratif. Or, dans toutes les affaires précitées, de tels actes, relatifs au fonctionnement d'une personne privée avec ses membres ont une nature de droit privé. Si, en l'espèce, il en va différemment, c'est parce que, du fait que l'adhésion au comptoir est obligatoire et non facultative, ces règlements auraient régi des rapports de droit public, et dans cette mesure auraient eu une nature administrative.

Il est ainsi vérifié que des actes unilatéraux concernant le fonctionnement interne de personnes privées intervenant dans l'action administrative sont des actes privés si ce fonctionnement est lui-même régi par le droit privé, mais uniquement si cette deuxième condition est remplie.

Il ressort de ces différents arrêts déniant un caractère administratif à l'acte attaqué : 1° Que le caractère privé d'une institution ne suffit plus à faire regarder ses actes comme des actes nécessairement privés. 2° Que la mission de service public dont est investie la personne auteur de l'acte n'entraîne pas ipso facto le caractère administratif de ses décisions unilatérales. 3° Que le caractère administratif dépend de la nature propre de l'acte. 4° Que n'ont pas un caractère administratif les décisions touchant au fonctionnement de l'organisme privé et relatives à des rapports de droit privé de l'institution avec ses membres ou des tiers demandant à le devenir, ou son personnel. 5° Que le caractère non administratif de tels actes découle de la volonté du législateur de les soumettre au droit privé. 6° Que le Conseil d'Etat ne distingue pas selon la nature individuelle ou réglementaire de l'acte (48). 7° Que si, dans tous ces arrêts, les personnes privées gèrent un service public administratif, le Conseil d'Etat ne l'indique à aucun moment.

Cette jurisprudence conduit à constater que les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont investies d'un pouvoir de décision unilatérale réglementaire ou individuel de droit privé, et fait présumer que ces mêmes personnes sont également aptes à exercer un pouvoir de décision unilatérale de droit public.

---

(47) C.E., 6 févr. 1954, Société J. Perdrieux et Cie, Rec. 80, R.D.P. 1954. 856.

(48) Dans tous les arrêts cités, sauf l'arrêt Sté Perdrieux, l'acte attaqué est un acte individuel.

2° *Le caractère administratif des actes comportant l'usage dans l'exercice d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique.*

Si les premiers arrêts du Conseil d'Etat admettant le caractère administratif d'actes pris par des personnes privées n'ont pas pour support un motif ainsi formulé, le critère de l'acte administratif qui en résulte correspond bien à l'idée d'utilisation dans l'exercice d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique.

La jurisprudence a parcouru un chemin qu'il n'est pas inutile de retracer, car il révèle un aspect de la méthode « expérimentale » du juge administratif. On peut la schématiser de la manière suivante : Après une affirmation le plus souvent non motivée posant un principe dont il ne tire aucune conséquence positive dans l'arrêt où elle figure, le Conseil d'Etat rend certaines décisions faisant une application implicite du principe énoncé, puis, alors que les conséquences du principe ont pu être mesurées, en donne une formulation quasi définitive dans un considérant motivé que l'on retrouve sous la même forme dans tous les arrêts ultérieurs (49).

La première phase de cette « méthode des petites étapes » correspond à l'arrêt Morand rendu à propos des décisions des organisations corporatives agricoles du régime de Vichy et déjà étudié dans son aspect négatif.

Alors qu'il est saisi, on l'a vu plus haut, d'un recours contre un acte faisant partie d'une catégorie à laquelle il refuse de reconnaître un caractère administratif, le Conseil d'Etat indique que d'autres décisions, prises par les mêmes personnes privées, mais dans l'accomplissement de leur mission d'exécution du service public de l'organisation et du contrôle de la profession agricole, constituent en revanche des actes administratifs. Une telle précision n'étant pas nécessaire pour la solution du litige où elle est donnée, puisque justement la décision attaquée n'a pas l'objet indiqué par le Conseil d'Etat, il faut y voir la volonté de celui-ci de jeter les bases d'une construction jurisprudentielle ultérieure.

Pour quelle raison le Conseil d'Etat reconnaît-il aux actes pris dans l'exécution du service public un caractère administratif alors qu'il le dénie aux actes adoptés pour le fonctionnement interne de l'institution ?

Comme le note M. de Corail (50), et ainsi que cela résulte de l'analyse jurisprudentielle effectuée plus haut, c'est moins parce que ces institutions gèrent un service public que parce qu'elles le gèrent avec des procédés exorbitants du droit commun.

Trouve-t-on dans l'arrêt Morand des indications précises en ce sens ? Une réponse affirmative s'impose. Le Conseil d'Etat fonde son affir-

(49) Cette situation n'exclut nullement la possibilité d'une évolution, ainsi que le permettent toutes les « définitions stables à contenu variable ». Sur cette notion, V.P. Weil, le Conseil d'Etat statuant au contentieux : Politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? Annales de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, n° 51, 1959, p. 281 s.

(50) Op. cit., p. 184-185.

mation (selon laquelle les décisions prises par les organisations dans l'accomplissement de leur mission constituent des actes administratifs) sur le fait que le législateur les a dotés d'un « pouvoir d'établir des règlements obligatoires pour tout professionnel syndiqué ou non ». Il ne pouvait mieux indiquer le caractère exorbitant du droit commun, le caractère de puissance publique de ce pouvoir de décision unilatérale. Si l'on rapproche les deux parties de l'arrêt Morand, un moment séparées pour les besoins de l'analyse, il en résulte que le Conseil d'Etat distingue au sein des actes unilatéraux des personnes privées ceux qui concernent le fonctionnement interne et qui sont des actes privés, et ceux qui, comportant l'utilisation dans l'accomplissement d'une mission de service public d'une prérogative de puissance publique, sont des actes administratifs.

L'affirmation « gratuite » d'un principe nouveau est suivie de l'application implicite de celui-ci, et ce, même si le problème de la compétence du Conseil est soulevé, comme dans l'arrêt Chambre syndicale des experts en objets d'art (51). Le Conseil d'Etat se borne à indiquer « que le titre II du règlement intérieur de la Compagnie des commissaires-priseurs de la Seine, qui concerne les rapports des commissaires-priseurs avec les experts..., constitue un acte administratif de nature à être déféré au Conseil d'Etat statuant au contentieux par la voie du recours pour excès de pouvoir ». Le caractère administratif de l'acte est explicitement indiqué, mais sans être motivé. Néanmoins une telle qualification ne peut résulter que de ce que la Compagnie des commissaires-priseurs, agissant pour l'exécution de la mission qui lui a été confiée par le législateur, a pris, dans l'exercice de celle-ci, une décision réglementaire qui s'impose à des tiers. Le Conseil d'Etat ne précise pas que l'institution auteur de l'acte est une personne privée, mais cela ne saurait faire de doute, puisque le législateur lui a explicitement attribué la qualité d'établissement d'utilité publique (Art. 7, ord. n° 2593 du 2 novembre 1945) (52).

Lorsque la compétence n'est pas contestée par les parties, le caractère administratif de l'acte est implicitement admis, par l'examen au fond de la requête, comme dans l'arrêt Palaprat (53). Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision de la Commission de lecture de la Comédie française refusant une pièce du requérant, le rejette au fond, au motif que « l'appréciation portée sur les pièces qui lui sont soumises par la Commission de lecture de la Comédie française... n'est pas de nature à être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ».

Comme l'arrêt Chambre syndicale des experts en objets d'art, cet arrêt conduit à se poser deux questions : L'auteur de l'acte est-il bien

(51) C.E., 9 juin 1950, Chambre syndicale des experts en objets d'art, Rec. 355, S. 1951.III.63.

(52) En ce sens, V. Chapus, note citée (53), et Pinto, La répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire en matière de contentieux administratif, A.J.D.A. 1954, I, p. 5, n° 2).

(53) C.E., 19 févr. 1954, Palaprat, Rec. 118 ; R.D.P. 1954, 1072, note Waline; J.C.P. 1954.II.8205, note Chapus ; A.J.D.A. 1954.II.278, note Long.

une personne de droit privé ? Pour quel motif le Conseil d'Etat considère-t-il que l'acte est administratif ?

Les deux questions sont aussi délicates l'une que l'autre. Pour résoudre la première, il faut savoir à qui est imputable la décision de refus prise par la commission de lecture. Les auteurs s'accordent pour admettre que celle-ci est un organe de la Société des comédiens français. Or, la nature juridique de cette société est contestée. En fait si l'on ne peut dire avec certitude dans quelle catégorie de personnes privées il faut la ranger (54), il ne fait pas de doute qu'elle constitue une personne de droit privé. La décision attaquée émane donc bien d'une personne privée.

La seconde question porte sur les motifs pour lesquels le Conseil d'Etat lui reconnaît un caractère administratif. La décision a été prise dans et pour l'exercice de la mission de service public dont la Société des comédiens français a la charge. Mais l'on sait que cette condition est insuffisante et que le Conseil d'Etat exige en plus que l'auteur de l'acte ait fait usage d'une prérogative de puissance publique. Est-ce le cas de l'espèce ?

La doctrine ne le pense pas. Selon M. Auby, « on voit mal pourquoi les relations [de la société des comédiens français] avec les auteurs échapperaient à l'empire du droit commun » (55). M. Waline l'indique sous une autre forme en disant que le Conseil d'Etat aurait dû se déclarer incompétent. Pour M. Chapus, « la décision ne résulte nullement de l'exercice d'une prérogative de puissance publique : quel directeur de théâtre ne peut refuser une pièce ? Ell n'a pas touché à des rapports de droit public..., mais elle a pour objet l'exécution même de la mission de service public confié à la Société, et cette raison a été déterminante pour amener le Conseil d'Etat à lui reconnaître un caractère administratif ».

S'il est vrai qu'un pouvoir de refus appartient à tout directeur de théâtre privé et ne gérant aucun service public, on peut se demander néanmoins si l'utilisation de cette faculté à des fins d'intérêt général ne suffit pas à entraîner le caractère administratif de la décision. Le Conseil d'Etat vient de l'admettre, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement dans l'affaire Capus dont il sera question plus loin, à propos du droit de préemption d'une société d'aménagement foncier et d'établissement rural (S.A.F.E.R.). Il attribue un caractère administratif à une décision de préemption prise par une S.A.F.E.R., alors que la même faculté est attribuée dans les mêmes conditions à un simple particulier (le preneur), en se fondant uniquement sur le fait que celle-ci exerce son droit de préemption à des fins d'intérêt général alors que le preneur ne vise que son intérêt privé.

Même si l'on est favorable à la position du Conseil d'Etat dans l'arrêt Palaprat, l'on doit admettre que cet arrêt revêt un caractère particulier au sein de la jurisprudence. Les arguments donnés sont de

(54) V. note Waline.
(55) Auby, R.D.P. 1954, p. 827.

peu de valeur si l'on admet que l'arrêt Capus est lui-même contestable (56).

Si l'on excepte l'arrêt Morand — qui admet explicitement, mais sans en tirer aucune conséquence — qu'un acte administratif émané d'une personne privée peut être un acte administratif, il faut attendre l'arrêt Magnier pour que la jurisprudence sur l'acte unilatéral administratif des personnes privées soit enfin « avouée » officiellement. C'est en ce sens que le commissaire du gouvernement Fournier a pu dire que la décision du Conseil d'Etat allait « vider la querelle » de l'arrêt Monpeurt (57).

Aux termes de l'arrêt Magnier, relatif aux groupements de défense contre les ennemis des cultures, organismes dont le Conseil d'Etat relève la nature privée, « dans les cas où ces organismes prennent des décisions unilatérales individuelles qui s'imposent aux propriétaires ou usagers intéressés, celles-ci présentent le caractère d'actes administratifs relevant de la compétence de juridiction administrative ». Contrairement à l'arrêt Morand, des conséquences positives en sont immédiatement tirées : « il en est ainsi notamment des décisions par lesquelles les fédérations départementales des groupements de défense contre les ennemis des cultures, tenues... d'assumer le recouvrement du coût des travaux de défense sanitaire exécutés par elles, déterminent la quotité des sommes exigibles, à ce titre, des divers propriétaires ou usagers intéressés et enjoignent à chacun de ceux-ci d'en acquitter le montant dans le délai prescrit par la loi, faute de quoi les dites sommes doivent être recouvrées par voie de rôle avec majoration de 25 %... ».

Cette double affirmation est précédée d'une analyse, inhabituellement longue, des dispositions législatives régissant la création, la nature juridique, les fonctions, les pouvoirs, les sujétions des groupements de défense que l'on peut résumer, selon les expressions du Conseil d'Etat lui-même, en disant que ces organismes privés sont investis d'une mission de service public, dont le caractère administratif est précisé, et qu'en vue de les mettre à même de l'exécuter, le législateur leur a conféré diverses prérogatives de puissance publique. L'une d'entre elles consiste en la compétence de prendre des décisions unilatérales dont le caracète exorbitant du droit commun est marqué : Non seulement elle crée des obligations juridiques à la charge de personnes qui ne les ont pas consenties, mais encore elle est assortie d'un pouvoir de sanction particulièrement énergique.

La solution de l'arrêt Magnier, qui confirme explicitement la nature administrative des actes unilatéraux des personnes privées comportant l'usage dans l'exercice d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique, n'est pas une solution isolée. Elle est confirmée notamment par trois arrêts rendue la même année

(56) V. infra, p. 161.

(57) Concl. sur C.E., 13 janv. 1961, Magnier, R.D.P. 1961, p. 163. A la vérité, on est assez surpris que le commissaire du gouvernement fasse totalement abstraction des arrêts Morand et Société Perdrieux, et considère que la question reste entière.

et comportant des solutions identiques (58). Le Conseil d'Etat y décide que l'institution concernée — dont il précise chaque fois qu'elle « constitue un organisme professionnel de droit privé » participant à « l'application de la réglementation économique » — est dotée « d'un pouvoir de décision qui constitue une prérogative de la puissance publique », et que, dès lors, les décisions prises en application de la mission définie présentent le caractère d'un acte administratif.

Ces arrêts appellent deux remarques : 1° Le Conseil d'Etat relie pour la première fois d'une manière aussi étroite dans un même considérant l'idée de pouvoir de décision et celle de prérogative de puissance publique, et en déduit le caractère administratif des décisions attaquées. 2° Si la mission de ces institutions est visée, à aucun moment le Conseil d'Etat ne la qualifie de service public, ce qui, pour M. Waline, témoigne de l'inutilité, au moins en la circonstance, de l'idée de service public (59).

Avant de mesurer la portée exacte de cette opinion, un dernier arrêt du Conseil d'Etat mérite d'être indiqué, bien qu'il ait été infirmé par le Tribunal des Conflits. Dans l'arrêt Capus (60), le Conseil d'Etat — après une analyse des textes aussi minutieuse que dans l'arrêt Magnier qui lui permet de montrer que les S.A.F.E.R., qui sont des organismes privés, gèrent un service public administratif — décide « que dans les cas où ces sociétés prennent des décisions unilatérales individuelles qui s'imposent aux intéressés et constituent l'usage fait par elles d'une des prérogatives de puissance publique qui leur sont conférées par la loi, ces décisions présentent le caractère d'actes administratifs ». Cet arrêt relatif au droit de préemption des S.A.F.E.R. est intéressant par la synthèse qu'il réalise des formules de l'arrêt Magnier (« dans les cas où ces organismes prennent des décisions unilatérales s'imposant aux propriétaires ou usagers intéressés ») et des trois arrêts susvisés intervenus en matière de police économique (« pouvoir de décision qui constitue une prérogative de puissance publique »). Si l'arrêt Capus pose un problème, révélé par l'hésitation des juridictions inférieures tant administratives que judiciaires, confirmé par celle des jurdictions suprêmes des deux ordres (61), et par celle du Tribunal des Conflits, puisque la décision de celui-ci condamnant indirectement l'arrêt Capus a été rendue après partage, c'est moins en raison du critère appliqué, qui se situe dans le droit fil des décisions antérieures, qu'à cause de l'applicabilité à l'espèce Capus dudit critère. En d'autres termes, le problème est de savoir si le droit de préemption s'analyse bien en l'exercice d'une prérogative de puissance publique. Le commissaire du gouvernement répond par l'affirmative non sans avoir, au préalable, fait les remarques suivantes : « Le droit de préemption n'est pas en lui-même une prérogative de puissance publique. C'est au contraire une insti-

(58) Cf. note (35).
(59) Note citée (38), p. 728.
(60) C.E., 13 juill. 1968, Capus, D. 1968. 675, concl. Bertrand.
(61) V. la jurisprudence citée par Sabourin, La nature juridique des S.A.F.E.R., D. 1969, chr. p. 10 s.

tution de droit civil, en sorte que le contentieux auquel son exercice donne naissance est normalement judiciaire, même quand il est institué au profit d'administrations publiques telles que celle des domaines... La loi du 8 août 1962 qui l'a reconnu aux S.A.F.E.R. en a réglementé l'usage, en ce qui les concerne, dans les mêmes conditions que celui du droit de préemption de l'exploitant preneur en place ». Pour justifier sa position, le commissaire du gouvernement met en avant, dans une construction séduisante, la seule différence opposant le droit de préemption des S.A.F.E.R. et des preneurs et pouvant éventuellement justifier une différence de nature juridique : « Elle tient à ce que le droit de préemption reconnu aux S.A.F.E.R. ne peut s'exercer, contrairement à celui du preneur, qu'à des fins d'intérêt général... » précisées par la loi (62). C'est sur la base de cette seule différence de finalité que le commissaire du gouvernement conclut à la nature administrative du droit de préemption.

Or, comme l'a montré le doyen Hauriou, l'analyse juridique doit se situer non pas au niveau des fins poursuivies, mais à celui des moyens utilisés. Comment admettre, dans ces conditions, qu'une faculté qui existe aussi bien en droit privé qu'en droit administratif et qui est soumise aux mêmes conditions d'exercice, apparaisse comme une prérogative exorbitante du droit commun, c'est-à-dire comme une prérogative de puissance publique ? Probablement davantage en se fondant sur une intuition de la compétence de la juridiction administrative que sur un raisonnement logique.

Cette intuition a été confirmée par le Conseil d'Etat, mais mise en doute par la Cour de Cassation et infirmée par le Tribunal des Conflits (63). Celui-ci tranche en faveur de la compétence du juge judiciaire au motif que « le droit de préemption d'une société d'aménagement foncier et d'établissement rural s'exerce dans les conditions fixées par l'article 7-III, 3e alinéa de la loi du 8 août 1962 et relève, aux termes de ce texte, de la compétence du Tribunal de grande instance ».

En estimant que le problème de compétence ne doit pas être réglé à la lumière des règles jurisprudentielles étant donné qu'il fait l'objet d'une solution légale, le Tribunal des Conflits infirme l'arrêt Capus, mais ne remet nullement en cause le critère de l'acte administratif utilisé par le Conseil d'Etat, ni même, à la limite, l'utilisation qui en est faite dans cet arrêt.

Les deux décisions du Tribunal des Conflits n'ont donc qu'une portée très limitée, s'étendant au seul contentieux des décisions des S.A.F.E.R. De l'ensemble de ce contentieux, il ressort cependant que la notion de prérogative de puissance publique peut être, dans des cas limites, affectée d'un certain coefficient d'incertitude qui, par voie de conséquence, est susceptible d'affecter le critère lui-même.

(62) Concl. citées, p. 676.

(63) T.C., 8 déc. 1969, S.A.F.E.R. de Bourgogne, concl. Schmelck, et du même jour, Arcival, concl. Kahn, R.D.P. 1970, p. 166 s. et p. 187 s.

*
**

Au terme de cette présentation des arrêts dominants relatifs au critère de l'acte administratif tiré de la nature propre de l'acte, il importe de répondre à deux questions restées en suspens : 1° Quel est le rôle respectif, dans ce critère, de la notion de service public et de l'idée de prérogative de puissance publique, étant entendu que celle-ci est une condition nécessaire de la notion d'acte administratif unilatéral des personnes privées. 2° Dans la mesure où la notion de service public joue un rôle, faut-il distinguer selon la nature administrative ou industrielle du service ? Ces questions, qui en tout état de cause devaient être posées, viennent d'autant plus à l'esprit que parmi les arrêts analysés, certains mentionnent expressément que les organismes privés sont investis d'une mission de service public alors que d'autres sont muets sur ce point.

Pour apprécier le rôle exact joué par la notion de service public au sens fonctionnel dans le présent critère, il convient de préciser au préalable les rapports de cette notion avec celle de pouvoir de décision constituant une prérogative de puissance publique.

Si les deux sont liés en ce sens qu'un pouvoir de décision constituant une prérogative de puissance publique est nécessairement attribué à une personne privée assumant une mission de service public, la question du rôle de la notion de service public est un faux problème. Même si le Conseil d'Etat ne l'indique pas, la personne privée auteur de l'acte est investie d'une mission de service public. En ce cas, l'existence d'un service public étant par hypothèse acquise, on peut dire que la notion de service public est une condition nécessaire, mais non suffisante.

Si l'on admet en revanche qu'un pouvoir de décision unilatérale peut être attribué à une personne privée ne gérant pas un service public, le problème de savoir si la condition de service public est nécecssaire reprend tout son sens. Dans ce cas, une conception extensive conduit à admettre que l'acte est administratif à la seule condition de manifester l'existence d'une prérogative de puissance publique, alors qu'une conception restrictive exige en plus que l'acte ait pour auteur une personne gérant un service public.

En théorie, il est inconcevable que des personnes privées ne gérant pas de service public puisse être investie d'une compétence de décision unilatérale. C'est probablement en ce sens que M. Auby estime que « le législateur peut conférer à un organisme privé des prérogatives comportant le droit de prendre des décisions ogligatoires sans conférer à cet organisme une mission à caractère de service public » (64).

Cette solution théorique est-elle consacrée par le droit positif ? Il ne semble pas. S'il est vrai que le bénéfice de certaines prérogatives de puissance publique (expropriation par exemple) est accordé à des personnes privées ne gérant pas un service public (non par manque de satisfaction d'un intérêt général, mais par absence de soumission

(64) J.M. Auby, note sous T.C., 15 janv. 1968, Barbier, D. 1969, p. 204.

à la haute direction des gouvernants), tel ne paraît pas être le cas du pouvoir de décision unilatérale. L'attribution d'une telle prérogative serait contraire à la philosophie politique sous-tendant le système administratif français.

Il existe donc en droit positif une corrélation étroite entre la gestion d'un service public et l'attribution d'un pouvoir de décision unilatérale, en ce sens que toute personne privée détenant un tel pouvoir gère nécessairement un service public. Dans cette mesure, il est inutile de se demander quel est le rôle joué dans le critère par la notion de service public. Une telle conclusion est confirmée par le fait que le Conseil d'Etat mentionne dans certains arrêts l'existence d'une mission de service public, alors que dans d'autres, il s'abstient de le faire.

Si toute personne privée détenant un pouvoir de décision unilatérale gère ainsi un service public, inversement toute personne privée gérant un service public ne dispose pas d'une telle prérogative. Cette constatation conduit à poser la deuxième question en intégrant la réponse apportée à la première : puisque la condition de service public est une condition nécessaire, faut-il que le service public soit de nature administrative ou peut-il s'agir d'un service public industriel et commercial ?

Pour le commissaire du gouvernement Fournier dans ses conclusions sur l'arrêt Magnier, et pour la doctrine, le critère dégagé ne vaut que pour les seules personnes privées gérant un service public administratif. S'il est vrai que le Conseil d'Etat mentionne dans deux arrêts seulement que le service est de nature administrative, toutes les décisions jurisprudentielles étudiées concernent des services publics de cette nature.

Avant que l'on puisse être parfaitement assuré que telle était bien la position du Conseil d'Etat, le Tribunal des Conflits attribue explicitement un caractère administratif à un règlement émanant d'une personne privée gérant un service public de nature industrielle et commerciale (65). Avant de préciser l'incidence de la jurisprudence du Tribunal des Conflits sur la notion d'acte unilatéral administratif des personnes privées telle qu'elle résulte des décisions du Conseil d'Etat, il est nécessaire de définir le second critère utilisé par celui-ci.

B) Le critère de l'acte administratif fondé sur l'imputation de l'acte unilatéral d'une personne privée a une personne publique.

Constitue un acte administratif, en application de ce second critère, l'acte unilatéral d'une personne privée pris pour le compte d'une collectivité publique.

Ce critère résulte d'arrêts peu nombreux du Conseil d'Etat. On ne peut guère en citer que trois, dont deux refusent d'admettre qu'en l'espèce l'acte a été pris pour le compte d'une collectivité publique. Ces deux arrêts sont d'une part l'arrêt S.E.T.A., d'autre part l'arrêt Valentin.

---

(65) Cf. note (64). V. infra, p. 170 s.

Dans l'arrêt S.E.T.A., le Conseil d'Etat refuse de considérer comme administrative une décision de la Caisse autonome de retraite des médecins parce « qu'elle n'a pas agi, en prenant la décision attaquée, pour le compte d'une collectivité publique » (66).
Dans l'arrêt Valentin, il n'admet pas que présente un caractère administratif une circulaire de la Caisse centrale primaire de sécurité sociale au motif qu'elle « n'est pas édictée pour le compte d'une collectivité publique » (67).
De ces deux arrêts, il résulte a contrario que le décisions attaquées eussent présenté un caractère administratif si leurs auteurs — qui sont dans les deux cas des personnes privées — avaient agi « pour le compte d'une collectivité publique ».
En revanche, dans un arrêt du 30 novembre 1956, Geslin, le Conseil d'Etat admet implicitement, en statuant au fond, le caractère administratif d'une décision de la Banque de France, « agissant pour le compte du Conseil national du crédit en vertu de l'article 13 al. 12 de la loi du 2 décembre 1945 », décision ayant pour objet le retrait de l'enregistrement d'un établissement financier (68).

S'il est ainsi acquis qu'il existe un second critère de l'acte administratif des personnes privées, trouve-t-on dans l'arrêt Geslin et les arrêts Valentin et S.E.T.A. des indications permettant de préciser à quelles conditions une personne privée peut être réputée agir pour le compte d'une collectivité publique ?

Le problème ne fait pas de difficulté lorsque, comme dans l'espèce Geslin, c'est le législateur lui-même qui indique en propres termes que la personne privée agit pour le compte de la puissance publique, en l'espèce, que la Banque de France agit pour le compte du Conseil national du crédit lorsqu'elle exerce les compétences qui lui sont conférées par l'article 13 al. 12 de la loi du 2 décembre 1945.

Quid dans le silence du législateur ?

Les arrêts Valentin et S.E.T.A. ne sont pas motivés. Le Conseil d'Etat ne fournit aucune précision permettant de savoir pourquoi les deux personnes privées concernées n'agissent pas « pour le compte d'une collectivité publique ».

Dans ces conditions, si l'on veut tenter de dégager les idées générales, à défaut des conditions précises, qui permettent de déceler une action « pour le compte de » en matière d'actes unilatéraux, on ne peut que se tourner soit du côté de la jurisprudence administrative pour rechercher si les significations de cette notion dans d'autres domaines du droit administratif ne sont pas transposables au problème des actes unilatéraux des personnes privées, soit du côté de la jurisprudence judiciaire si celle-ci admet que des actes pris par des personnes privées peuvent présenter un caractère administratif en raison de leur imputation à une personne publique.

---

(66) C.E., 23 juin 1965, S.E.T.A., R.D.P. 1966. 343.
(67) C.E., 15 avr. 1964, Valentin, Rec. tables, p. 858 et 1021, R.D.P. 1964. 1226.
(68) C.E., 30 nov. 1956, Geslin, Rec. 454, A.J.D.A. 1957.II.38. Il s'agit d'une affaire pour laquelle le contentieux n'est pas administratif par détermination de la loi, Cf. supra note (37). Adde, C.E., 12 févr. 1960, Kampmann, Rec. 107 et, du même jour, d'Eudeville, A.J.D.A. 1960.II.266.

La jurisprudence administrative ne permet pas de préciser ce qu'il faut entendre par l'expression « pour le compte de ». La signification de cette notion en matière d'opérations matérielles (travaux publics, transport) ou même d'actes contractuels (mandat, action pour le compte de en dehors du mandat) (69) n'est pas transposable à la question des actes unilatéraux des personnes privées.

Il en va de même de la jurisprudence relative aux actes unilatéraux des autorités administratives (au sens organique). En ce domaine, le Conseil d'Etat fait appel à la notion d'action « pour le compte de » dans deux séries d'hypothèses. La première correspond à une situation symétrique de celle étudiée ici : c'est une personne publique qui est réputée agir pour le compte d'une personne privée (70). Cette jurisprudence, qui eût pu contenir des indications très précieuses, n'est pas utilisable, car l'usage — très critiquable — fait par le Conseil d'Etat de la notion d'action « pour le compte de » ne vise à rien d'autre qu'à transférer la responsabilité d'épurations illégales du patrimoine de l'Etat à celui des personnes privées employeurs des victimes, et a été condamné par le Tribunal des Conflits (71).

La seconde correspond à des situations diverses relevant bien de la notion de représentation (72), puisque l'acte unilatéral fait par le « représentant » engage directement le « représenté ». On peut les regrouper en deux catégories : L'une vise les cas de substitution d'action, l'autorité de tutelle étant réputée agir pour le compte de l'autorité sous tutelle. Elle ne permet pas de tirer un enseignement quant aux conditions d'existence de la notion d'acte unilatéral pris par une personne privée pour le compte d'une collectivité publique. L'autre est relative à des hypothèses de « dédoublement fonctionnel » lorsque se pose la question de savoir pour le compte de quelle collectivité publique (Etat ou département, Etat ou commune...) a agi telle autorité administrative (préfet, maire...). On sait que l'imputation d'un acte pris par une autorité administrative susceptible d'agir pour le compte de plusieurs personnes publiques s'opère à l'égard de la collectivité publique sous l'autorité de laquelle se trouve l'auteur de l'acte au moment de l'édiction de celui-ci. Ne peut-on dans le même sens considérer que l'acte d'une personne privée est pris pour le compte d'une collectivité publique lorsque cette personne privée n'agit pas en étant soumise à un simple contrôle de tutelle, mais « sous l'autorité » d'une personne publique ?

Avant de répondre à cette question, il n'est pas inutile de se tourner du côté de la jurisprudence des tribunaux judiciaires. Celle-ci a admis plus souvent que le juge administratif que des décisions prises par une personne privée l'ont été pour le compte d'une personne publique et des motifs précis ont été donnés.

C'est en effet sur l'idée d'action « pour le compte de » et non sur la nature propre de l'acte que la Cour de Cassation paraît se fonder

---

(69) Cf. infra, p. 187 s.

(70) C.E., 28 mars 1952, Codos, Rec. 181, concl. Jean Donnedieu de Vabres.

(71) T.C., 12 déc. 1955, Thomasson, Rec. 626 ; 10 déc. 1956, Audouin, Rec. 595. V., A.J.D.A. 1957. 93.

(72) V. La représentation dans les actes juridiques, Travaux de l'Association H. Capitant, Dalloz, 1949.

principalement pour reconnaître à l'acte unilatéral d'une personne privée un caractère administratif. Elle a d'ailleurs de cette notion une conception assez large, puisqu'en plusieurs hypothèses, elle a admis que constituait un acte administratif l'acte pris par une personne privée agissant par délégation d'une personne publique (73). C'est dans l'arrêt Gilliard qu'elle fait directement appel à la notion d'action « pour le compte de ». Les décisions des contrôleurs de la Fédération nationale des planteurs de pomme de terre présentent un caractère administratif au motif qu'ils agissent « non comme préposés de la Fédération », mais « par ordre et pour le compte de la Commission officielle de contrôle sous l'autorité de laquelle se trouvait à cet égard placée la Fédération » (74). L'acte est ainsi imputable à une personne publique parce que la Fédération est en quelque sorte placée sous le pouvoir hiérarchique de la Commission (la Cour dit : « l'autorité ») et que celle-ci détient à l'égard de celle-là une sorte de pouvoir d'instruction (la Cour dit : « agissant par ordre »). Pour la Cour de Cassation, agissent pour le compte d'une personne publique les personnes privées soumises à un contrôle très étroit de la puissance publique s'apparentant à un contrôle de type hiérarchique.

Cette idée, qui est conforme aux deux autres arrêts de la Cour de Cassation concernant des institutions elles aussi soumises à un contrôle très étroit de la puissance publique ne relevant pas de la notion de tutelle (75), n'est pas contraire aux décisions susvisées du Conseil d'Etat. Dans l'affaire Geslin, la Banque de France ne dispose d'aucun pouvoir propre d'appréciation et se borne à tirer les conséquences nécessaires de la décision de la Commission de contrôle. Inversement, les arrêts Valentin et S.E.T.A., qui refusent d'admettre que les personnes privées en cause agissent pour le compte d'une collectivité publique, sont relatifs à des institutions qui ne sont soumises qu'à un contrôle de tutelle et non pas à l'autorité du ministre.

Si donc le Conseil d'Etat n'a pas de la notion d'action « pour le compte de » en matière d'actes unilatéraux des personnes privées une conception opposée à celle de la Cour de Cassation, sa conception est beaucoup plus étroite que celle de la jurisprudence suprême de l'ordre judiciaire. Cette proposition se vérifie à la fois d'un point de vue quantitatif et qualitatif.

Le Conseil d'Etat n'a pas admis — en dehors des cas où cela résulte de la volonté du législateur — que l'acte d'une personne privée a été pris pour le compte d'une personne publique. Une telle constatation ne traduit-elle pas simplement le fait que les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont en principe soumises à un contrôle de tutelle et non au contrôle hiérarchique ?

Une telle explication n'est pas totalement inexacte. Elle est

---

(73) Cass. comm., 12 mars 1952, Etablissements Laurent, J.C.P. 1952.IV.69. Cass. civ., 6 oct. 1953, Maire du Quesnay-sur-Deule, Bull. I, n° 266, p. 219. Adde, l'arrêt cité note (87).

(74) Cass., 24 mai 1956, Gilliard, Bull. I, n° 214, p. 183.

(75) Il s'agit de groupements nationaux d'achat. V. infra, p. 234, note (103).

insuffisante. La réticence du Conseil d'Etat à admettre que l'acte d'une personne privée a été pris pour le compte d'une personne publique se vérifie d'un point de vue qualitatif, à partir de l'analyse de l'arrêt Fédération nationale des huileries métropolitaines (76). Saisi en appel d'un jugement admettant le caractère administratif d'un acte en application du critère de l'imputation — « la décision de la Fédération... était intervenue dans le cadre de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix et devait être regardée comme prise par la Fédération pour le compte de l'Etat » — le Conseil d'Etat confirme que la décision litigieuse est administrative, mais en application du critère de la nature propre de l'acte, et non pas sur la base du critère de l'imputation : la dite Fédération a été chargée de procéder à la répartition par des décisions individuelles prises sous sa propre responsabilité et non sous la responsabilité de l'Etat.
Or, l'ordonnance du 30 juin 1945, qui précise explicitement que les personnes privées habilitées à intervenir bénéficient d'une « délégation de compétence » du ministre, mentionne également que celui-ci peut non seulement « suppléer » aux décisions de ces organismes, mais peut également les « modifier ». Si le pouvoir de substitution peut être attribué à l'autorité de tutelle, le pouvoir de réformation est, selon l'opinion dominante en doctrine, l'indice d'un pouvoir hiérarchique.
En refusant d'admettre que les décisions de personnes privées soumises au pouvoir de réformation du ministre sont prises pour le compte de l'Etat, le Conseil d'Etat manifeste sa réticence à l'égard du critère de l'acte administratif fondé sur l'imputation de l'acte d'une personne privée à une personne publique.

Si l'on devait émettre une hypothèse pour expliquer cette réticence, peut-être faudrait-il la chercher dans les conséquences, sur le plan de la responsabilité, de l'application du second critère. En dehors du fait que celui-ci rend administratif, s'il ne l'était déjà par sa nature propre, l'acte d'une personne privée, il permet, à la différence du premier, de rechercher la responsabilité de la puissance publique pour des décisions illégales et dommageables de personnes privées. S'il est exact que le Conseil d'Etat n'est pas indifférent à des considérations tirées du souci de la protection des finances publiques, on comprend qu'il préfère déclarer l'acte administratif en invoquant la nature propre de celui-ci qu'en le déclarant imputable à une personne publique.

*
**

L'existence de deux critères de l'acte administratif résultant a contrario de l'arrêt S.E.T.A. ayant été vérifiée positivement (77), il est une dernière question que l'on ne peut éluder : pour quelles raisons le Conseil d'Etat a-t-il dégagé deux critères de l'acte administratif unilatéral des personnes privées, ou si l'on veut, quel est l'intérêt du second critère en dehors des conséquences déjà mentionnées plus haut quant à la responsabilité ?

(76) C.E., 6 oct. 1961, Rec. 544.
(77) Cf. supra, p. 152.

En bonne logique, le second critère n'a de véritable intérêt — sur le plan de la notion d'acte unilatéral administratif — que s'il permet de faire déclarer administratifs des actes qui ne le sont pas en vertu du premier critère.

Pareille hypothèse est-elle concevable ? A priori, il ne semble pas, car en tout état de cause un acte ne peut être administratif que s'il en présente intrinsèquement les caractères.

D'un point de vue théorique toutefois, il est au moins un cas où le recours au critère de l'imputation pourrait peut-être entraîner le caractère administratif d'un acte qui ne le serait pas en application de l'autre critère. C'est lorsque l'acte d'une personne privée, administratif par nature, doit être soumis à la juridiction judiciaire en vertu d'un texte législatif. Dans la mesure où un tel acte serait édicté non pour le compte de la personne privée elle-même, mais pour celui d'une collectivité publique, le recours au critère de l'imputation permettrait peut-être de passer outre à la détermination législative de compétence.

Il est une autre hypothèse où le critère de l'imputation pourrait jouer un rôle propre : à propos des décisions exécutoires prises par des personnes privées dans le cadre de rapports de droit privé (77 *bis*). Non pas à propos des décisions individuelles, puisque de telles mesures, même émanées de personnes administratives, n'en sont pas moins considérées comme privées, mais pour les actes réglementaires, puisque de tels actes échappent à la théorie des blocs de compétence alors même qu'ils régissent des rapports de droit privé. On peut donc penser que des actes réglementaires de personnes privées auxquels le juge administratif refuse de reconnaître un caractère administratif en raison de leur nature propre pourraient se voir attribuer un tel caractère s'ils apparaissaient comme pris pour le compte d'une personne publique. Ce raisonnement est confirmé par la constatation que les arrêts S.E.T.A. et Valentin sont relatifs à des actes réglementaires d'institutions soumises à la théorie des blocs de compétence.

De ce qui précède, il résulte que les effets essentiels du critère de l'imputation se situent sur plan du contentieux de la responsabilité et non sur celui de la légalité ; l'extension du champ d'application de la notion d'acte administratif unilatéral des personnes privées résultant de l'application du second critère paraît devoir être très limitée.

L'extension opérée par la jurisprudence du Tribunal des Conflits est plus importante, puisqu'elle porte sur des décisions émanant de personnes privées gérant non un service public administratif, mais un service public à caractère industriel et commercial.

(77 bis) Dans la mesure où cette jurisprudence subsiste après l'arrêt Allegretto (C.E., 13 juill. 1967, D. 1968, p. 47, concl. Galabert, A.J.D.A., 1967. 534, chr. Massot et Dewost).

§ 2. — EXTENSION DE LA NOTION D'ACTE ADMINISTRATIF PRIS PAR UNE PERSONNE PRIVEE EN APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DES CONFLITS

(*Services publics industriels et commerciaux*).

Cette extension existe à titre potentiel dès l'arrêt Rolland. C'est l'arrêt Barbier qui la réalise d'une manière positive.

A) L'arrêt Rolland (21 juin 1961, Rec. 866).

Cet arrêt confirme sur un point une jurisprudence acquise que l'on indique pour ne plus avoir à y revenir : l'homologation d'un acte émané d'une personne privée par l'autorité administrative n'en modifie pas la nature juridique (78).

Le Tribunal des Conflits, saisi sur renvoi de la Cour de Cassation de la question de savoir si les tribunaux judiciaires sont compétents pour apprécier la légalité d'un règlement de la S.N.C.F. concernant les retraites de son personnel — la réponse étant conditionnée par la nature juridique de cet acte — tranche celle-ci en ces termes : « les règlements établis par la S.N.C.F. pour déterminer les modalités du régime de retraite de son personnel sont étrangers à l'acte de concession et aux mesures prises pour l'application de celui-ci et n'apparaissent pas comme des éléments de l'organisation du service public concédé ; qu'émanant du concessionnaire et régissant des rapports de droit privé entre ce dernier et ses agents, ils ne présentent pas le caractère d'actes administratifs ». En conséquence, cette question n'est que préalable et non prejudicielle, et les tribunaux judiciaires n'avaient pas à surseoir à statuer.

Cet arrêt a fait l'objet d'interprétations divergentes. Divers membres du Conseil d'Etat, dont plusieurs commissaires du gouvernement, l'ont interprété comme excluant le caractère administratif d'un acte même réglementaire émané d'une personne privée gérant un service public industriel et commercial (79).

M. Waline est l'un des rares auteurs à avoir montré que cet arrêt pouvait être interprété de deux manières différentes, l'une conforme à l'opinion susvisée, l'autre favorable à l'admission du caractère administratif d'un règlement édicté par une personne privée gérant un service public industriel et commercial, à condition que ce règlement ne soit pas étranger à l'acte de concession et aux mesures prises pour l'application de celui-ci, et qu'il apparaisse comme un élément de l'organisation du service public concédé.
Tout en reconnaissant qu'il est difficile de choisir entre les deux interprétations, M. Waline indique en faveur de la dernière, pour laquelle il semble pencher, un argument décisif : « Le fait que le

(78) Cf. C.E., 18 juin 1954, Basgeix, Rec. 361.
(79) Galabert et Gentot, chron. de jurisprudence, A.J.D.A. 1061. 606. Concl. Galabert sur C.E., 13 janv. 1967, Syndicat unifié des techniciens de la Radiodiffusion-Télévision Française, Rec. 10, Dr. Soc. 1967, p. 370 (D. 1°), A.J.D.A. 1967. 270, chr. Lecat et Massot, V, p. 271.

Tribunal des Conflits prend soin de relever l'objet, étranger à l'organisation du service, avant même de faire état de la qualité purement privée de son auteur... » (80).

La structure même de l'arrêt du Tribunal des Conflits révèle en effet la prééminence des motifs tirés de l'objet de l'acte sur ceux tirés de la nature juridique de l'auteur de celui-ci. La référence à l'objet de l'acte qualifié abstraitement avant toute allusion à la nature privée de la S.N.C.F. a peu de raison d'être si, de toute manière et quel qu'en fût l'objet, le Tribunal des Conflits avait l'intention de dire que les actes réglementaires émanés de personnes privées gérant un service public industriel et commercial sont toujours des actes privés.

L'interprétation favorable au maintien du statu quo était peut-être conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat, mais il n'est pas de bonne méthode d'interpréter un arrêt du Tribunal des Conflits à la lumière des décisions de la haute juridiction administrative.

De même que le refus réitéré du Conseil d'Etat d'admettre le caractère administratif d'actes émanés de personnes privées en se fondant sur leur objet n'a été que la première étape d'une évolution conduisant à l'admission du caractère administratif des décisions prises par des personnes privées gérant un service public administratif, de même le refus du Tribunal des Conflits fondé sur l'objet de l'acte n'a été que le prélude à l'admission du caractère administratif de certaines décisions des personnes privées gérant un service public industriel et commercial.

B) L'arrêt Barbier (81).

C'est le premier arrêt admettant positivement le caractère administratif d'un acte pris par une personne morale de droit privé gérant un service public industriel et commercial.

Dans une affaire qui ne plaide pas en la faveur de la dualité d'ordres juridictionnels, le Tribunal des Conflits, saisi comme dans l'espèce Rolland sur renvoi de la Cour de Cassation pour dire si le règlement du personnel de la Compagnie Air-France est ou non un acte administratif, afin de savoir si les tribunaux judiciaires non répressifs sont compétents pour en apprécier la légalité, décide : « si la Compagnie nationale Air-France... est une société anonyme, c'est-à-dire une personne morale de droit privé..., les juridictions administratives demeurent... compétentes pour apprécier, par voie de question préjudicielle, la légalité des règlements émanant du conseil d'administration qui, touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif... ; le règlement, établi... par la Compagnie nationale Air-France, pour fixer les conditions du travail du personnel navigant commercial, comporte, notamment en son article 72 — lequel dispose que le mariage des hôtesses de l'air entraîne, de la part des intéressés, la cessation de leurs fonctions — des

(80) Waline, note citée (38) in fine, p. 726.
(81) T.C., 15 janv. 1968, Barbier, Rec. 789, concl. Kahn ; Long, Weil, Braibant, G.A., p. 524 s.

dispositions qui apparaissent comme des éléments de l'organisation du service public exploité ; ces dispositions confèrent audit acte dans son intégralité un caractère administratif... ».

Des quatre questions principales posées par M. Waline à propos de cet arrêt, et concernant « la genèse de l'affaire puis la motivation de la décision, enfin ses conséquences quant à la suite de la procédure » et « le bien fondé de cette décision » (82), seuls les points deux et quatre sont abordés ici.

Et tout d'abord la motivation. Le règlement litigieux présente un caractère administratif, selon le Tribunal des Conflits, parce qu'il « touche à l'organisation du service public », motif repris dans un des considérants suivants par l'indication que « le règlement... comporte des dispositions qui apparaissent comme des éléments de l'organisation du service public exploité ».

Si l'on rapproche les motifs de l'arrêt Barbier de ceux de l'arrêt Rolland, dans lequel, rappelons-le, le Tribunal des Conflits a dénié un caractère administratif aux règlements concernant les retraites de la S.N.C.F., au motif notamment qu'ils « n'apparaissent pas comme des éléments de l'organisation du service public concédé », on constate qu'ils font tous deux application d'une règle identique : le règlement édicté par une personne privée gérant un service public industriel et commercial est ou non administratif selon qu'il constitue ou non un élément de l'organisation du service.

S'il est vrai que les deux arrêts ne sont pas en tous points analogues (83), il n'y a « aucune contradiction » entre les deux, ainsi que l'indique M. Waline qui, dès 1961, avait interprété l'arrêt Rolland dans le sens confirmé par l'arrêt Barbier.

Avant de s'interroger sur le bien fondé de celui-ci, il importe d'en saisir la portée.

S'il ne fait pas de doute qu'en vertu de la jurisprudence actuelle du Tribunal des Conflits, seuls les règlements relatifs à l'organisation du service peuvent présenter un caractère administratif, le problème se pose de savoir si tous les règlements relatifs à l'organisation du service sont administratifs. Etant donné le caractère très général de la référence à « l'organisation du service », la réponse doit être affirmative : les règlements ayant un objet autre que la réglementation de la situation du personnel, mais consistant néanmoins en l'organisation du service, par exemple la fixation des règles applicables aux usagers du service, présentent un caractère administratif. Contrairement à ce que l'on a pu soutenir, l'arrêt Barbier n'entraîne pas une simplification de la répartition des compétences (84). Dans le passé, tous les actes des personnes privées gérant un service public industriel et commercial étaient considérés comme privés. Actuellement certains règlements seulement constituent des actes administratifs. Le critère de l'organisation du service conduit à une dualité de nature et de régime juridique des actes réglementaires des per-

(82) Waline, note sous Barbier, R.D.P. 1968. 893.
(83) Cf. Auby, note sous Barbier, D. 1969, p. 206.
(84) Massot et Dewost, chr. A.J.D.A. 1968. 225.

sonnes privées. Si l'abandon total du critère organique va dans le sens d'une simplification, tel n'est pas le cas lorsque cet abandon n'est que partiel. De plus la jurisprudence Rolland-Barbier conduit à des résultats étonnants : Le Tribunal des Conflits indique que la présence d'une disposition relative à l'organisation du service dans un règlement confère un caractère administratif à l'ensemble des dispositions qu'il renferme. Une telle jurisprudence conduit à cette conséquence qu'une même disposition étrangère à l'organisation du service au sens des arrêts Rolland-Barbier est ou non administrative, selon qu'elle figure ou non dans un règlement relatif à l'organisation de ce service (85).

La simplification de la répartition des compétences et une solution satisfaisante au fond ne peuvent être obtenues que par l'abandon complet du critère organique. Celui-ci est rendu possible par le fait que le bien fondé du critère de l'organisation du service au sens de la jurisprudence du Tribunal des Conflits n'est pas évident.

M. Waline a indiqué qu'« on ne conçoit guère qu'un règlement fasse autre chose qu'organiser le service ». On peut faire remarquer de plus que les retraites, par exemple, ou les avantages sociaux accordés au personnel ont une incidence directe sur l'organisation du service et notamment sur un aspect fondamental de celui-ci, les tarifs dont le montant doit tenir compte des charges qu'il doit assumer.

Par ailleurs, la distinction entre un pouvoir réglementaire de droit privé et un pouvoir réglementaire de droit public à laquelle conduit la jurisprudence Rolland-Barbier paraît peu justifiée dans la mesure où le règlement s'impose dans les deux cas à des personnes qui ne l'ont pas consenti.

Dans ces conditions, l'arrêt Barbier constitue probablement une étape vers l'admission complète du caractère administratif des actes réglementaires établis par des personnes privées gérant un service public industriel et commercial.

Une dernière question ne peut être éludée. Le critère retenu par le Tribunal des Conflits s'inscrit-il dans le prolongement de l'un des deux critères dégagés par le Conseil d'Etat ou constitue-t-il un troisième critère autonome ?

Pour que l'arrêt Barbier s'inscrive dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil d'Etat, il est nécessaire qu'il fasse appel soit à l'idée d'acte pris dans l'exercice d'une mission du service public et manifestant l'utilisation d'une prérogative de puissance publique, soit à l'idée d'acte pris par une personne privée pour le compte d'une collectivité publique.

Le Tribunal des Conflits ne fait référence d'une manière explicite ni à l'idée de prérogative de puissance publique ni à l'idée d'action pour le compte de.

---

(85) Cette critique de l'arrêt Barbier ne vise nullement la conception globale de l'acte administratif dont procède cet arrêt. Il est certain qu'admettre la divisibilité de l'acte administratif unilatéral (qui n'est d'ailleurs pas pratiquée en matière de contrats) conduirait à des difficultés pratiques considérables.

Le commissaire du gouvernement, en revanche, fait appel à l'une et à l'autre doublement : d'abord isolément en parlant de règlement pris par la puissance publique ou « pour son compte » (86), et en disant : « la loi ou l'acte de concession peuvent conférer des prérogatives de puissance publique à des persones privées et l'on ne voit pas au nom de quoi cette faculté leur serait refusée lorsque le service présente un caractère industriel » (p. 152) ; ensuite en les synthétisant : « l'Etat, plutôt que de les exercer lui-même, a confié certaines prérogatives de puissance publique à l'exploitant lui-même en vue d'organiser le service dont il a la charge » (p. 156). En fait il donne une prééminence à l'idée de puissance publique, puisqu'il ajoute que le règlement est « obligatoire en dehors de toute adhésion des cocontractants », et conclut que « tant en raison de leur objet qu'eu égard aux conditions dans lesquelles ils doivent être appliqués, les règlements... présentent le caractère de règlements administratifs ».
On retrouve dans l'arrêt Barbier une allusion à l'idée de puissance publique dans l'indication que le personnel de la Compagnie Air-France est « soumis à un statut réglementaire ».

L'arrêt Barbier paraît ainsi faire appel à l'un des deux critères du Conseil d'Etat, le critère de l'objet de l'acte, mais en le limitant actuellement aux règlements non étrangers à l'organisation du service, ce qui exclut d'une part les règlements étrangers à celle-ci et les actes individuels.

Le Tribunal des Conflits et le juge administratif iront-ils jusqu'à franchir le dernier pas et admettre que peuvent constituer des actes administratifs les actes individuels pris par les personnes privées gérant un service public industriel et commercial ?
On ne voit pas pourquoi ils s'y refuseraient dans la mesure où l'acte individuel répond aux critères dégagés.
Les tribunaux judiciaires ont déjà montré la voie, en se fondant il est vrai sur une détermination légale de compétence : la décision individuelle d'une société gérant un service public industriel et commercial, et agissant en vertu d'une délégation de l'autorité administrative, a été considérée comme ayant un caractère administratif (87). Dans cette hypothèse, la notion d'acte administratif serait indifférente à la nature juridique de l'auteur de l'acte et à la nature du service public géré par celui-ci.
Les choses n'en étant pas encore là, il convient de résumer les points acquis en jurisprudence : constituent des actes administratifs d'une part, les actes réglementaires et individuels des personnes privées gérant un service public administratif et pris par celles-ci dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, d'autre part les actes réglementaires des personnes privées gérant un service public industriel et commercial et concernant l'organisation du service.

Le fait que la nature administrative soit actuellement refusée à certains actes réglementaires et individuels de personnes privées n'est pas sans conséquence sur le contrôle auquel ils sont soumis.

---

(86) R.D.P. 1969, p. 147.
(87) Trib. civ. Lyon, 30 déc. 1943, G.P. 1944.1.139.

Section II

LE CONTROLE DE L'EXERCICE DU POUVOIR DE DECISION UNILATERALE

Les actes unilatéraux des personnes privées, qu'il s'agisse d'actes ayant ou non un caractère administratif, sont soumis au contrôle de la puissance publique. Ce contrôle constitue l'un des moyens par lequel se manifeste la haute direction des gouvernants sur l'activité des personnes privées intervenant dans l'action administrative.

A ce contrôle administratif des actes unilatéraux même privés, s'ajoute, pour les actes unilatéraux administratifs, un contrôle contentieux devant la juridiction administrative. Cette étude montre que l'opposition entre le contrôle des actes unilatéraux administratifs et non adminsitratifs est souvent moins grande qu'on pourrait le croire a priori, car les actes non administratifs sont parfois indirectement soumis à la juridiction administrative par le biais du contrôle des actes de l'autorité de tutelle.

Sous-Section I. — *LE CONTROLE ADMINISTRATIF.*

§ préliminaire. — POSITION DU PROBLEME.

Les actes unilatéraux des personnes privées intervenant dans l'action administrative sont soumis à un contrôle administratif. « Il ne saurait être question d'envisager une telle délégation d'autorité à des groupements particuliers si cette délégation n'était soumise au contrôle permanent de la puissance publique » (88). Il se pose alors le problème de la nature de ce contrôle.

La doctrine estime qu'il n'est pas organisé sur le modèle du contrôle de police, auquel sont assujetties les institutions privées ne participant pas à l'exercice de la fonction administrative, mais qu'il s'apparente à la tutelle du droit administratif.

Cette opinion n'est pas contestable en tant qu'elle exprime la tendance dominante du contrôle, mais montre que le problème n'est pas posé dans les vrais termes. Il s'agit moins de savoir si le contrôle est organisé sur le type du contrôle de police ou du contrôle de tutelle que de savoir s'il ne revêt pas parfois des traits différents à la fois de l'un et de l'autre, l'apparentant à un contrôle de type hiérarchique (89).

---

(88) Rapport au Président de la République du décret du 8 août 1935 relatif à la révision des contrats de betteraves et à l'application des accords de contingentement de la production du sucre (J.O., 11 août, p. 8806).

(89) La réponse donnée ici n'est que partielle dans la mesure où seuls sont envisagés les actes unilatéraux. Une vue plus complète du contrôle imposé aux personnes privées pourra être dégagée après l'étude du contrôle sur les personnes (infra, p. 223 s.).

§ 1. — LE CONTROLE DE TUTELLE.

Le contrôle auquel sont soumises la plupart des personnes privées intervenant dans l'action administrative s'apparente à la tutelle administrative sur les personnes publiques décentralisées.

Comme pour celles-ci, le principe est que le contrôle sur les actes unilatéraux ne se présume pas : « pas de tutelle sans textes ». Les prérogatives conférées aux autorités de tutelle (90) peuvent être regroupées autour de deux notions qui permettent de mesurer l'étendue du pouvoir de tutelle et partant l'autonomie des institutions sous tutelle : la faculté d'empêcher et la faculté de statuer (91).

Leur influence sur l'autonomie des personnes privées n'est pas la même. Par la faculté d'empêcher, la puissance publique ne détient qu'un pouvoir négatif qui ne porte pas atteinte à l'autonomie de la personne contrôlée, si toutefois elle est exercée dans l'esprit qui convient au contrôle de tutelle.

Par la faculté de statuer, la puissance publique joue un rôle actif qui porte davantage atteinte à l'autonomie de la personne privée. Comme pour la tutelle sur les actes des collectivités locales, la part respective des deux compétences dans la tutelle sur les actes unilatéraux des persones privées est la même : le principe est la faculté d'empêcher, l'exception, la faculté de statuer.

A) Le principe : la faculté d'empêcher.

Il est possible de distinguer deux modalités de la faculté d'empêcher selon qu'elle concerne des actes dont l'effet exécutoire est subordonné ou non à l'intervention préalable et expresse de l'autorité de tutelle.

1) *Faculté d'empêcher des mesures dont l'effet exécutoire est subordonné à l'intervention préalable et expresse de l'autorité de tutelle.*

Cette compétence consiste en un pouvoir d'approbation, d'homologation ou d'agrément, qui traduit l'idée que les groupements privés ne peuvent faire « seuls » (92) leurs actes unilatéraux, et notamment leurs actes réglementaires.

Elle appelle trois séries de remarques relatives à la signification de ces différentes expressions, aux pouvoirs respectifs de l'autorité de contrôle et de la personne contrôlée, à l'effet juridique de l'intervention de l'autorité de tutelle.

---

(90) L'autorité de tutelle est le plus souvent mais pas nécessairement un agent de l'Etat. Certains établissements publics situés au sommet d'une pyramide dont la base (caisses locales, caisses régionales) est constituée par des personnes privées sont parfois investies d'un pouvoir de tutelle sur celles-ci. V. arrêt cité infra, note (97) in fine.

(91) Cf. note Waline sous C.E., 29 juill. 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables, R.D.P. 1951, p. 215.

(92) Cf. C.E., 31 janv. 1969, Union nationale des grandes pharmacies de France, A.J.D.A. 1969, 197, D. 1969, p. 360, note M. Guibal.

Approbation, homologation, agrément, ces trois termes ont en commun d'être aussi imprécis les uns que les autres, notamment en ce qu'ils s'appliquent aussi bien à des actes unilatéraux qu'à des contrats (93). Dans la mesure où ils s'appliquent à des actes unilatéraux, ils ont la même signification, qui se dégage de l'analyse des pouvoirs de l'autorité qui approuve et de ceux de la personne dont l'acte doit être approuvé.

Le problème de l'étendue des pouvoirs de l'autorité chargée d'homologuer s'est posé au dix-neuvième siècle à propos des tarifs de chemins de fer.

Les textes étant muets, la jurisprudence inexistante (les compagnies de chemins de fer n'ont jamais attaqué les décisions refusant d'approuver les tarifs, ou exigeant certaines modifications), la pratique administrative incertaine (tel ministère considère qu'il a compétence liée pour homologuer les tarifs, tel autre qu'il détient un pouvoir discrétionnaire, tel autre encore qu'il a le pouvoir de prescrire des modifications non consenties par les compagnies), la doctrine — représentée notamment par Aucoc — a dégagé les grandes lignes du régime de l'homologation, dont les solutions ont été consacrées plus tard par le juge administratif (94).

Selon Aucoc, le ministre compétent pour exercer le contrôle de tutelle a le droit de refuser l'homologation, d'indiquer à quelles conditions il l'accordera, mais il n'a pas le pouvoir, qui serait inconciliable avec le droit d'initiative des compagnies, d'imposer à celles-ci des changements non proposés par elles. Quant aux compagnies, elles ont le choix entre deux solutions : accepter les conditions proposées ou renoncer aux propositions. Aucoc résume « en quelques mots » l'économie du régime de l'homologation des tarifs : « aux concessionnaires l'initiative, au gouvernement le droit de veto ». Il pose pour terminer une dernière question : le retrait de l'homologation est-il possible ? Peu favorable au retrait et réclamant en tout cas le parallélisme des formes, Aucoc constate que les homologations ont toujours été données en fait à titre provisoire et pouvaient être retirées, bien que ce pouvoir de retrait ne fût fondé sur aucun texte.

Dans le silence des textes, le juge administratif n'a pas consacré d'autres solutions. Il a confirmé que l'homologation n'est pas un simple enregistrement. L'autorité de tutelle a le pouvoir de refuser l'approbation (95) ; de faire connaître les conditions auxquelles

(93) Celui qui a le sens le plus imprécis dans la langue juridique est le mot homologation. Les significations qu'il peut avoir sont nombreuses, tant en raison de ce qui est susceptible d'être homologué (non seulement des actes juridiques, unilatéraux ou contractuels, mais également des objets matériels, par exemple des objets dangereux ; V. également de nombreuses affaires au Lebon relatives à l'homologation de services de résistance), qu'en raison des autorités qui homologuent (Législateur, autorité administrative, autorité juridictionnelle).

(94) Aucoc, Conférences, t. II, p. 701 s.

(95) C.E., 10 févr. 1964, Vernabrozes, Rec. tables, p. 817-1021.

elle consent à approuver l'acte (96), ce droit étant « la conséquence naturelle de son droit de refuser l'approbation » (97).
Peut-elle donner une approbation à certaines dispositions du projet qui lui est soumis et refuser d'approuver les autres ? Une réponse nuancée s'impose. Si les mesures approuvées et celles rejetées « sont indépendantes, dépourvues d'influence réciproque » (98), l'approbation partielle ne saurait être critiquée d'un point de vue juridique. Mais si les dispositions forment un tout indissociable, l'approbation partielle peut à la limite s'analyser en une sorte de pouvoir de réformation indirect, l'approbation donnée à une partie de la décision et le refus d'approbation du surplus ayant pour effet de modifier le sens et la portée de celle-ci. Or, le pouvoir de réformation n'appartient pas en principe à l'autorité de tutelle. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a admis que l'approbation partielle est illégale, « si les dispositions approuvées ne sont pas indivisibles des autres » (99), ou si elle consiste en « un détournement du pouvoir d'approbation transformée en réalité, en pouvoir de réformation ».
A fortiori, l'autorité de tutelle ne peut, sauf texte contraire, édicter unilatéralement des modifications non acceptées (100).
Quant au pouvoir de retrait, il n'est pas contestable dans son principe, mais il est limité dans son exercice par les droits que les décisions d'approbation peuvent avoir fait naître (101).

Le troisième point, l'effet juridique de l'approbation, ne pose pas de problème délicat. Les effets juridiques tiennent en deux propositions : l'approbation rend l'acte exécutoire (102), mais il n'en modifie pas la nature juridique (103).

Lorsque l'autorité de tutelle n'a pas reçu un pouvoir de contrôle a priori, elle dispose en général d'un contrôle a posteriori lui permettant d'anéantir l'acte. Il s'agit ici encore d'une compétence purement négative.

---

(96) C.E., 1907, Compagnie des chemins de fer de Bône-Guelma, Rec. 653. T.C., 21 juin 1951, Rolland, Rec. 866.
La possibilité de modification est dans ces hypothèses expressément prévue par des textes.
(97) Cette expression figure dans un arrêt relatif à l'exercice de la tutelle sur une personne publique, mais est parfaitement transposable à la tutelle sur les personnes privées. C.E., 19 juin 1903, Chambre de Commerce d'Angers, Rec. 454.
Le refus d'approbation est soumis au contrôle du juge qui vérifie qu'il n'est pas fondé sur un motif matériellement inexact ni entaché d'un « détournement du pouvoir de contrôle », C.E., 5 mai 1950, Verdeil, Rec. 256.
(98) Ces développements sont empruntés à M. Mosset, concl. sur C.E., 20 mai 1955, Benkaci Arezki, R.J.P.U.F. 1955, p. 611 s.
Il s'agit en l'espèce de l'homologation d'une décision de l'Assemblée algérienne, mais les règles dégagées ont une portée générale.
(99) C.E., 9 mars 1962, Ordre des avocats du barreau de Nice, Rec. 156. Cf. Odent, C.A., p. 1204, note 2.
(100) Sauf texte contraire. V. arrêts cités note (95). Lorsqu'une compagnie de chemin de fer n'accepte pas les modifications ou additions apportées, il est statué par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'Etat.
(101) Cf. T.A. Paris, 3 avril 1968, Syndicat national des pilotes de ligne, concl. Crochet-Damais, Dr. Soc. 1969, p. 415.
(102) Cela résulte des différents textes soumettant des décisions de personnes privées à approbation.
V. C.E., 19 oct. 1934, Jolivet, S. 1935.3.67, concl. Latournerie.
(103) Cf. note (78).

2) *Faculté d'empêcher des décisions dont l'efficacité n'est pas subordonnée à une manifestation de volonté préalable et expresse de l'autorité de tutelle.*

Cette autre modalité de la faculté d'empêcher s'exerce à l'encontre d'actes juridiquement parfaits ou qui allaient acquérir ce caractère au terme d'un certain délai. L'intervention de l'autorité de tutelle vise alors l'anéantissement de ces actes.

Une telle prérogative, si elle était générale et non limitée dans le temps, outre qu'elle constituerait une menace permanente à stabilité des relations juridiques, serait de nature à porter trop gravement atteinte à l'autonomie des personnes privées. Ainsi, lorsqu'elle est prévue, les textes en subordonnent-ils l'exercice à des conditions de fond et de délai.

L'exercice hors délai de la compétence d'annulation entraîne la forclusion.

Les conditions de fond sont plus ou moins strictes et en conséquence l'autonomie plus ou moins importante selon que la faculté d'annulation n'existe que dans le cas d'illégalité ou peut aussi se fonder sur l'inopportunité de la mesure.

Ces principes généraux sont appliqués notamment dans l'organisation de la compétence d'annulation des décisions des conseils d'administration des caisses d'allocations familiales et des caisses primaires et régionales de sécurité sociale (cf. art. . 171 Code de la sécurité sociale) (104).

Les conditions de fond ne sont pas très limitatives. La faculté d'annulation porte non seulement sur les décisions « contraires à la loi » (105), mais également sur les « décisions de nature à compromettre l'équilibre financier de la caisse », et le Conseil d'Etat a élargi la portée de cette disposition (106).

La compétence d'annulation peut être exercée pendant un délai assez long, puisque « la décision du conseil d'administration ne prend son entier effet » que « si la décision ministérielle n'intervient pas dans le délai d'un mois à compter de la date à laquelle le ministre a été saisi » (dans les huit jours suivant la communication au directeur régional de la sécurité sociale) (107). « Lorsque le délai de huitaine... vient à expiration sans que l'exécution d'une délibération ait été suspendue, la dite délibération devient exécutoire et ne peut plus être annulée » (108).

---

(104) V. aussi le décret du 27 janv. 1961 relatif à l'adaptation aux organismes de mutualité sociale agricole des dispositions du décret n° 60-452 du 12 mia 1960, art. 4.

(105) Sur les difficultés d'interprétation de ce terme, V. J.J. Dupeyroux, op. cit., p. 580, note 51.

(106) V. J.J. Dupeyroux, Sécurité sociale, Dalloz, 1969, p. 585, et en document annexe la circulaire n° 21 S.S. du 21 mars 1968 fixant les conditions nouvelles à l'exercice de la tutelle sur les organismes du régime général de la Sécurité sociale (p. 511).

(107) Art. L. 171.

(108) C.E., 30 nov. 1962, Pause, Rec. 652.

De même qu'il annule les mesures de tutelle illégales (109), le juge sanctionne les mesures de l'autorité sous tutelle destinées à éluder l'exercice de la tutelle (110).

L'annulation, comme l'approbation, n'emportant pas par elles-mêmes pouvoir de substitution, toute mesure de substitution ne reposant pas sur un texte serait annulée. Il est vrai qu'une telle mesure ne relève pas de la faculté d'empêcher, mais de la faculté de statuer, et que celle-ci est accordée à l'autorité de tutelle moins souvent que celle-là.

B) L'EXCEPTION : LA FACULTÉ DE STATUER.

Les hypothèses dans lesquelles les autorités de tutelle disposent d'une faculté de statuer relèvent de l'idée de substitution. Deux modalités différentes de substitution peuvent être distinguées. L'une correspond à la notion classique de substitution d'action, l'autre est une forme plus récente et plus insidieuse de substitution que l'on peut nommer substitution indirecte par acte-type.

Dans un cas, l'autorité de tutelle accomplit un acte qui aurait dû être pris par la personne privée contrôlée ; dans l'autre, l'acte édicté par la personne privée sous tutelle n'est que la reproduction forcée d'un acte émané de l'autorité de tutelle, qui détient en réalité le véritable pouvoir de statuer.

1° *Substitution d'action* (111).

Les textes attribuant cette compétence et en précisant les conditions d'exercice parlent rarement de substitution. Les expressions utilisées sont variées — action « à la place de » (112), « au lieu et place de » (113), action « directe » (114), pouvoir de « suppléer à » (115) — mais correspondent toujours à l'idée de « mesure d'exécution forcée permettant à l'administration d'agir au lieu et place d'une personne... défaillante... » (116).

Les textes instituant une compétence de substitution précisent les conditions d'exercice de celle-ci, conditions de fond et conditions de forme.

La synthèse que donne des premières M. Rivero (117) à propos des collectivités locales est transposable aux personnes privées : La substitution est possible « si l'organe décentralisé ne se conforme pas

(109) Après question préjudicielle éventuellement.
(110) C.E., 8 janv. 1954, Ménard, Rec. 20, concl. Letourneur, Dr. soc. 1954, p. 247.
(111) En matière d'actes juridiques. Pour la substitution d'action en matière d'opérations matérielles, V. art. 354, al. 2 du code rural, et C.E., 13 janv. 1961, Magnier, Rec. 33.
(112) Art. 1er, al. 2, d. n° 158 du 25 janvier 1949.
(113) Art. L 180 et L 181 du code de la Sécurité sociale ; cf. a. 28 d. 12 mai 1960 ; V. J.J. Dupeyroux, Sécurité sociale, p. 444-445.
(114) Art. 7-2° C et 8 al. 2° de la loi du 26 avril 1946 (Répartition des produits industriels).
(115) Art. 4 de l'ord. n° 45-1483 du 30 juin 1945 (relative au prix).
(116) C.H. Vignes, Le pouvoir de substitution, R.D.P. 1960, p. 761.
(117) Rivero, D.A., n° 327, p. 285.

à une obligation légale, soit en refusant de prendre une mesure obligatoire » — c'est l'hypothèse la plus fréquente envisagée dans les textes par l'indication que la personne privée a « négligé d'accomplir des actes qui lui sont prescrits par une disposition législative ou réglementaire » (118), « refusé d'assumer des tâches qui lui sont confiées » (119), ou qu'il y a de sa part « carence » (120) ou « incapacité » (121) — « soit en méconnaissant les règles de fond régissant la décision » (122).

Pour ce qui est des conditions de forme, on ne retrouve pas le caractère très général de l'obligation d'une mise en demeure préalable, relevé par M. Vignes pour les personnes publiques. Les cas dans lesquels cette obligation est prévue sont moins nombreux pour les personnes privées que pour les personnes publiques, ce qui permet de présumer que la tutelle est plus rigoureuse pour les premières que pour les secondes (123).

En revanche les effets de la substitution sont analogues dans les deux cas : les décisions prises par substitution le sont pour le compte de la personne privée et engagent la responsabilité de celle-ci (124). Quant au contrôle de légalité des mesures de substitution, il est d'autant plus poussé que ces mesures sont, parmi les différents procédés de la tutelle, tout au moins de la tutelle classique, celles qui sont les plus susceptibles de porter atteinte à l'autonomie de la personne contrôlée (125).

2° *Substitution indirecte par acte-type.*

Les procédés de tutelle sur les personnes privées sont plus variés que ne le laisse supposer la notion classique de tutelle. Se superposant aux procédés traditionnels, une forme de tutelle plus insidieuse a été mise en lumière, que l'on a nommé « tutelle indirecte ». Cette expression, qui a été créée pour qualifier les contrôles subis par les collectivités locales en contrepartie de l'aide financière, peut être

(118) Art. 1er du décret du 9 avril 1957 relatif au contrôle des organismes de la mutualité sociale agricole.

(119) V. note (112).

(120) Art. L. 180 du code de la Sécurité sociale.

(121) D. n° 158 du 25 janvier 1949, art. 1er, al. 3.

(122) Id. (« Violation des règles de répartition ou de sous-répartition »).

(123) La possibilité de mettre en demeure n'existe que si elle est prévue par un texte. Cf. C.E., 15 déc. 1967, Ministre du Travail, Rec. 496, concl. conformes Braibant ; V. notamment, p. 503.

(124) Sous réserve d'une faute lourde de l'autorité de tutelle. C.E., 10 juillet 1957, Ministre du travail, Rec. 468 ; 26 févr. 1960, Saint-Chamarand, Rec. tables, p. 1141.

(125) C.E., 30 oct. 1942, Fédération nationale des caisses départementales d'assurances sociales, Rec. 297 ; 12 mars 1943, Caisse départementale d'assurances sociales du département des Deux-Sèvres, Rec. 67 ; 18 août 1944, Fédération nationale des caisses départementales d'assurances sociales, Rec. 235 ; 14 févr. 1964, Vernabrozes, Rec. tables, p. 817-1021. En plus du contrôle sur l'exercice des mesures de substitution, le Conseil d'Etat contrôle la légalité des actes réglementaires instituant un pouvoir de substitution : 27 nov. 1964, Caisse centrale de secours mutuels agricoles, Union nationale des associations familiales (deux arrêts), Rec. 586 ; 12 mars 1965, Syndicat national des médecins et dentistes conseils de la Sécurité sociale C.G.C., Rec. 167 ; 15 déc. 1967, Ministre du Travail, Rec. 496.

également utilisée pour la substitution par acte-type en matière d'actes unilatéraux.

La substitution indirecte par acte-type consiste en ceci que des actes de la compétence de personnes privées sont édictées par celles-ci, mais en conformité obligatoire avec un modèle préétabli. La personne privée n'est que « l'auteur apparent » de l'acte, l'auteur « réel » étant la personne publique (126). Il paraît donc légitime de recourir à l'idée de substitution. Toutefois, contrairement à la substitution d'action proprement dite, la substitution indirecte par acte-type n'intervient pas ex post après un refus d'agir ou une action illégale de la personne privée, mais ex ante.

Cette pratique est surtout développée dans le secteur des assurances sociales : règlement intérieur-type des caisses de sécurité sociale du régime général, des organismes de sécurité sociale du régime minier, des caisses d'allocations familiales, délibération-type imposée aux caisses de mutualité agricole.

Les problèmes qu'elle pose doivent être résolus par application des principes généraux. La compétence de substitution par acte-type doit trouver son fondement dans un texte légal (127) et être exercée conformément au principe de légalité (128). Le recours pour excès de pouvoir contre la décision édictant l'acte-type est recevable tout autant qu'il constitue une décision exécutoire, ce qui est le cas lorsque le modèle n'est pas simplement proposé, mais imposé (129). La même solution théorique doit être admise pour les actes pris conformément à l'acte-type, mais le juge administratif ne paraît pas être favorable à cette solution pourtant seule conforme à la logique si l'on ne veut pas qu'un traitement différent soit fait à l'acte-type et aux actes pris en exécution et conformité de celui-ci (130).

Ainsi, le juge administratif contrôle l'utilisation de la substitution indirecte par acte-type ou de tout autre procédé de tutelle, et il annule leur exercice illégal. A fortiori, annule-t-il les mesures ne faisant pas partie des compétences de l'autorité de tutelle, mais relevant de la notion de pouvoir hiérarchique, prises à l'encontre d'institutions qui ne sont pas subordonnées par un lien de cette nature à l'autorité administrative (131). Ce n'est pas dire que toutes les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont nécessairement soumises à un contrôle relevant de la notion de tutelle.

---

(126) Rongère, op. cit., p. 283.
(127) C.E., 9 janv. 1953, Syndicat général des médecins-conseils des caisses de sécurité sociale, Rec. 13 ; 24 juin 1955, Union des industries métallurgiques et minières, Rec. 363 ; 5 févr. 1960, Caisse d'allocations familiales de Meurthe-et-Moselle, Rec. 87.
(128) C.E., 5 févr. 1965, Peignot, Rec. 70.
(129) Cf. note (126).
(130) T.A. Paris, 17 févr. 1957, Pause, Rec. 753 ; C.E., 30 nov. 1962, Pause, Rec. 652.
(131) C.E., 15 oct. 1950, Pellerin et Hassoun, Rec. 515 (Annulation d'une décision de réformation).

§ 2. — LE PROBLEME DE LA SOUMISSION AU CONTROLE HIERARCHIQUE.

A première vue, la question de savoir si les personnes privées peuvent être ou non soumises à un contrôle de nature hiérarchique ne peut manquer de surprendre. On enseigne que si le pouvoir de tutelle joue dans les relations entre deux personnes morales différentes, le pouvoir hiérarchique n'existe qu'au sein d'une même personne juridique. Etant dotées de la personnalité juridique, les institutions de droit privé intervenant dans l'action administrative devraient échapper à tout contrôle hiérarchique. « C'est parce que les personnes morales de droit privé sont en principe autonomes que le seul contrôle concevable sur ces personnes est la tutelle administrative » (132). Dans le même sens, M. Odent affirme : « lorsque le service public est géré par un organisme privé, des dispositions spéciales doivent être prévues pour soumettre cet organisme privé à un contrôle qui s'apparente à un contrôle de tutelle » (133). Bien que moins affirmatif, M. Waline note, à propos des caisses de sécurité sociale : « Le pouvoir hiérarchique serait peu compatible avec le fait que les caisses, tout en gérant un service public, n'en demeurent pas moins organismes privés, organiquement étrangers à l'Administration » (134). Rappelons enfin que M. Gény, étudiant la modalité de collaboration des particuliers à l'action administrative la plus proche de celle qui est nommée dans cette étude « intervention dans l'action administrative », la qualifiait de collaboration par voie de décentralisation, laquelle exclut toute idée de pouvoir hiérarchique (135).

Ne paraît-il pas surprenant enfin de poser le problème de l'existence d'un pouvoir hiérarchique dans les relations des autorités administratives et des personnes privées, alors que son existence est mise en doute en tant que prérogative générale des autorités administratives sur les agents qui leur sont directement subordonnés ? (136).

Aller à l'encontre de ces idées suppose qu'il soit possible de montrer que les autorités de contrôle détiennent sur les actes juridiques unilatéraux des personnes privées des prérogatives qui ne se conçoivent que dans le cadre de la hiérarchie. Cette démonstration n'est pas toujours aisée. En effet, il n'est pas possible de recourir au principe selon lequel le pouvoir hiérarchique se présume à la différence du pouvoir de tutelle ; dans les deux cas, s'agissant de personnes privées, le contrôle doit être institué par les textes. Or ceux-ci qualifient rarement le type de contrôle prévu. De plus, la plupart des techniques de contrôle des actes juridiques sont identiques

(132) Demichel, op. cit., p. 416.
(133) Odent, C.A., p. 291.
(134) Waline, note sous C.E., 8 janv. 1954, Rommel, Ménard (deux arrêts), R.D.P. 1954, p. 791-792.
(135) V. introduction, note (17).
(136) J.C. Groshens, Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés, A.J.D.A. 1966. 840.

dans la tutelle et dans la hiérarchie. L'une d'entre elles cependant ne se conçoit que dans le cadre de la hiérarchie : le pouvoir de réformation. La démonstration de l'existence d'une subordination hiérarchique suppose donc que soit établie l'attribution à l'administration d'une telle prérogative.

Pareilles situations ne sont pas hypothèses d'école. L'article 4 de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative au prix dispose que « des arrêtés interministériels ou ministériels... peuvent modifier les décisions des organismes agréés... ». Selon l'article 10 de la loi du 26 avril 1946 organisant la répartition des produits industriels, « les règles de la sous-répartition établies... par les syndicats patronaux sont soumises à l'approbation des ministres intéressés qui peuvent y apporter les modifications utiles ». L'article 1er al. 3 du décret n° 158 du 25 janvier 1949 attribuant des compétences de répartition à des personnes privées prévoit : « ... en cas de violation des règles de répartition ou de sous-répartition de la part des organismes sous-répartiteurs, le ministre compétent pourra prendre les mesures de redressement nécessaires... ».

« Modification », « mesures de redressement », ces expressions évoquent le pouvoir de « réformation », ou de « correction » qui constitue l'indice d'une subordination hiérarchique.

Pour quelques auteurs, il est vrai, le pouvoir de réformation n'est pas l'indice d'un pouvoir hiérarchique et peut parfaitement se concevoir dans le cadre de la tutelle où il ne constitue qu'une simple dérogation au régime général des personnes décentralisées.

Cette opinion serait insoutenable si l'attribution d'un pouvoir de réformation sur les actes était accompagnée d'un pouvoir d'instruction sur les personnes (ou de l'indication par les textes que l'institution fonctionne « sous l'autorité » de l'administration (137), expression qui, en jurisprudence (138) et en doctrine (139), est considérée comme révélant l'existence d'une situation hiérarchique). Une telle position offre moins de prise à la critique dans la mesure où l'on constate que lorsque le pouvoir de réformation est attribué,il l'est seul, sans être accompagné d'un pouvoir d'instruction.

Néanmoins, dans les matières où ce pouvoir de réformation est prévu, la personne privée apparaît non comme une institution décentralisée, mais comme une autorité déconcentrée ; la notion de décentralisation exige un minimum d'autonomie qui n'existe que lorsque, dans un domaine déterminé, toutes les décisions d'une personne privée sont réformées ou susceptibles de l'être.

L'étude du contrôle sur les actes conduit ainsi à constater que l'autonomie de certaines personnes privées intervenant dans l'action administrative peut être fort limitée. Elle ne permet pas de dégager à elle seule la signification profonde du phénomène d'intervention

(137) Ex. : Art. 6 de la loi du 27 juin 1957 réglementant la colombophilie civile. « En temps de guerre, la Fédération nationale des association colombophiles de France passe sous l'autorité directe et immédiate du ministre de la défense nationale des forces armées » ; V. aussi, a. 5.

(138) Odent, C.A., p. 1204-1205.

(139) J. Boulouis, Cours cité, p. 317.

des personnes privées dans l'action administrative, qui ne pourra l'être qu'après l'analyse du contrôle sur les personnes (140).

L'intérêt de savoir si le contrôle relève de la notion de tutelle ou de la notion de hiérarchie n'est pas seulement théorique. La distinction entraîne des conséquences importantes sur le plan contentieux puisque, en principe, les mesures de contrôle ne peuvent être attaquées devant le juge administratif par les personnes contrôlées que lorsque celles-ci sont soumises à l'administration par la voie de la tutelle et non lorsqu'elles sont dans une situation de subordination hiérarchique.

Si le contrôle des mesures de tutelle relève de la juridiction administrative quelle que soit la nature juridique de l'acte contrôlé, le contrôle direct de celui-ci ne relève du juge administratif qu'autant qu'il constitue un acte de droit public.

Sous-section II. — *LE CONTROLE CONTENTIEUX.*

Tous les actes unilatéraux administratifs des personnes privées sont susceptibles d'être déférés à la juridiction administrative pour excès de pouvoir.

Si les actes non administratifs échappent à la censure directe de celle-ci, il ne faut pas en déduire pour autant qu'elle n'est jamais appelée à se prononcer sur leur validité. Le juge peut être amené à exercer un contrôle indirect sur les actes soumis à la tutelle de l'administration par le biais du contrôle des mesures de tutelle.

§ 1. — LE CONTROLE DIRECT DES ACTES ADMINISTRATIFS.

Si les actes unilatéraux administratifs des personnes privées font parfois partie des sources de la légalité (actes réglementaires), dans tous les cas ils sont soumis au principe de légalité, sanctionné par le recours pour excès de pouvoir.

Une étude du contrôle contentieux des actes administratifs des personnes privées ne se justifie que dans la mesure où leur régime présente une spécificité par rapport à celui des actes unilatéraux des personnes publique. Or telle ne paraît pas être la situation, tout au moins en l'état actuel du droit positif. Tant en ce qui concerne les cas d'ouverture que les moyens d'annulation, le Conseil d'Etat soumet ces actes à l'intégralité du régime applicable à l'acte administratif au sens organique (141).

Si cette uniformité n'est pas pour surprendre, il n'est pas nécessaire qu'elle soit totale. Sur certains points précis, le régime juridique de l'acte administratif émané d'une personne privée peut devoir exiger un régime dérogatoire au régime général.

---

(140) V. infra, p. 237-238.

(141) Et par exemple la notion d'acte détachable d'un contrat (Capus), la notion de pouvoir discrétionnaire (Palaprat, Magnier), la notion de compétence liée (Geslin).

Des tribunaux administratifs se sont engagés dans cette voie en infléchissant certaines règles jurisprudentielles. Le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, par exemple, a admis, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement, que la règle de non motivation des décisions administratives sauf texte contraire — applicable à l'administration traditionnelle — ne doit pas régir les décisions des « organismes nouveaux » intervenant dans l'action administrative (142).

Cette tentative va à l'encontre d'un arrêt ancien du Conseil d'Etat faisant application, à une décision de refus d'un groupement professionnel, de la règle de non motivation lorsqu'« aucune disposition n'exige que ledit groupement motive sa décision » (143).

On ne sait si le Conseil d'Etat acceptera de suivre le Tribunal administratif dans son souci louable d'une meilleure protection des administrés, mais jusqu'ici, il n'a jamais, semble-t-il, manifesté l'intention de rompre l'unité du régime des actes administratifs en distinguant selon qu'ils émanent d'une personne publique ou d'une personne privée.

§ 2. — LE CONTROLE INDIRECT DES ACTES PRIVES.

Certains actes unilatéraux, que le juge administratif refuse de considérer comme administratifs et pour lesquels il se déclarerait incompétent s'il était saisi d'un recours pour excès de pouvoir, sont néanmoins soumis à sa censure indirecte qu'il exerce à travers le contrôle des mesures de tutelle portant sur ces actes.

Cette situation, que l'on peut qualifier de contrôle contentieux par transparence, est susceptible de se rencontrer chaque fois que l'acte unilatéral d'une personne privée doit être approuvé ou est susceptible d'être annulé. Les mesures d'approbation ou d'annulation peuvent être illégales en raison de ce qu'elles approuvent un acte lui-même illégal ou annulent un acte légal. Dans ces hypothèses, la légalité des mesures de tutelle se détermine par a contrario de la légalité des décisions soumises à la tutelle (144), et « le juge connaît du rapport de légalité contesté à travers la décision de tutelle » (145).

Le contrôle contentieux indirect des actes privés s'opère ainsi toutes les fois que leur validité propre conditionne la légalité de l'acte de tutelle, chaque fois que le requérant invoque — ou que le juge soulève — un vice propre non à la décision de tutelle, mais à l'acte approuvé ou annulé (146). Encore faut-il exclure les hypothèses où il y a lieu à question préjudicielle.

---

(142) T.A. Clermont-Ferrand, 13 avr. 1962, Pajault, A.J.D.A. 1962. 519, concl. Paulin.

(143) C.E., 29 juillet 1949, Boisson, Rec. tables, p. 648.

(144) Waline, note citée (134), p. 794.

(145) J. Boulouis, La portée du pouvoir de tutelle du ministre du travail, Dr. soc. 1963, p. 254.

(146) Ce qui a été dit vaut également pour la substitution d'action.

Ce contrôle de l'excès de pouvoir au second degré alors qu'un contrôle direct serait irrecevable, outre qu'il paraît peu conforme à la logique, met parfois le juge dans « l'embarras » et révèle « l'inconfort » de sa position (147). Dans l'espèse Aulagnier par exemple (148), le Conseil d'Etat — saisi d'un recours en annulation contre un arrêté approuvant les statuts du régime d'assurance invalidité décès des chirurgiens-dentistes — procède à une analyse approfondie de la légalité de cet acte privé afin de déterminer par voie de conséquence la légalité de l'approbation. Le Conseil d'Etat, « gêné par la fiction du caractère privé des statuts de la Caisse, a du mal à rattacher à l'acte d'approbation les remarques qu'il fait sur la légalité des statuts ». Il en arrive même à imputer à l'autorité de tutelle une mesure qui émane en fait de l'autorité contrôlée : « ... les auteurs de l'arrêté attaqué approuvant les statuts de la caisse ont pu, sans méconnaître aucune disposition de la loi..., décider que... ». Or, comme le note M. Savy, « la décision appartient à l'autorité sous tutelle et non à l'autorité de tutelle », ou selon la terminologie utilisée plus haut, celle-ci n'a que la faculté d'empêcher et celle-là seulement la faculté de statuer. « Les choses seraient plus simples — note M. Savy — si l'on admettait enfin que les actes unilatéraux des organismes de sécurité sociale... peuvent être des actes administratifs ».

Cet écart entre l'aspect contentieux (répartition des compétences) et le fond du droit (soumission indirecte au droit administratif) se rencontre dans une mesure plus grande encore à propos des contrats.

(147) Note Savy, sous C.E., 14 juin 1968, Aulagnier, A.J.D.A. 1969, p. 58-59.
(148) V. aussi C.E., 3 juin 1960, Dubourg, Rec. 385.

CHAPITRE II

LES CONTRATS

Le contrat administratif comportant un coefficient de puissance publique moins fort que la décision exécutoire, il n'eût pas été étonnant que la possibilité de conclure des contrats administratifs fût reconnue aux personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative plus largement que ne l'est celle de prendre des décisions administratives unilatérales.

Ce n'est pas le cas. Sauf exception, les contrats conclus entre personnes privées ne sont pas des contrats de droit public.

Dès lors, on est en droit de penser que, n'étant pas de droit public, ils sont régis par le droit commun. Une telle conclusion serait erronée. Si les deux propositions précédentes ne sont pas inexactes, il s'ensuit logiquement que certains contrats passés entre personnes privées vont être régis — au moins partiellement — par les règles du régime des contrats administratifs, sans en avoir pour autant la nature, ou si l'on veut, que les contrats régis par des règles exorbitantes du droit commun ne sont pas pour autant des contrats administratifs.

Cette solution a de quoi surprendre tous ceux qui admettent que compétence et fond du droit sont ou doivent être liés. Une telle corrélation, dont le caractère général ne fait aucun doute, et qui est à ce point étroite que les meilleurs auteurs ne sont pas toujours d'accord pour dire si c'est le fond qui détermine la compétence ou la compétence qui détermine le fond, n'existe donc pas en matière de contrats conclus par des personnes privées dont l'une au moins intervient dans l'action administrative.

Si, en principe la notion de contrats conclus entre personnes privées exclut celle de contrat administratif, elle ne s'oppose pas à l'application, au moins partielle, du régime juridique des contrats de droit public.

Section I

INCOMPATIBILITE DE LA NOTION DE CONTRAT CONCLU ENTRE PERSONNES PRIVEES ET DE CELLE DE CONTRAT ADMINISTRATIF (Aspect contentieux)

Très générale est la portée du principe suivant lequel les contrats conclus par deux personnes privées ne peuvent être des contrats administratifs même si l'une d'entre elles intervient dans l'action administrative, et limitées sont les exceptions.

§ 1 — LE PRINCIPE

Ce principe n'est autre, sous une forme différente, que celui de la nécessité qu'une personne morale de droit public soit partie au contrat pour qu'il puisse être administratif. Si cette condition organique fait défaut, le contrat ne peut être un contrat de droit public.

Ce principe est unanimement admis par la doctrine, et la jurisprudence la plus récente ne fait que confirmer des solutions traditionnelles.

Si certains auteurs le contestent, c'est soit parce qu'ils généralisent à tort une exception limitée, soit parce que, se plaçant hors de l'analyse du droit positif, ils désirent faire modifier celui-ci. Il est révélateur que deux auteurs, l'un étudiant la notion fonctionnelle de service public (M. de Corail), l'autre soutenant une conception finaliste de l'action administrative (M. Timsit), n'abordent pas la question du contrat administratif au sens fonctionnel ou finaliste.

S'il est aisé de faire le point de la jurisprudence relative à la notion de contrat administratif, il faut en rendre hommage au critère organique.

En l'absence de l'élément organique, l'analyse de l'objet du contrat, de son contenu, des modalités de sa conclusion n'est pas effectuée par le juge. Il est de jurisprudence constante que la participation directe du cocontractant de la personne privée à l'exécution directe d'un service public (1), la présence de clauses exorbitantes dans le contrat (2), l'intervention d'une personne publique dans les

(1) Cf. la jurisprudence constante sur les marchés passés par un concessionnaire de service public avec un entrepreneur de travaux publics ou par un entrepreneur avec un sous-traitant, Odent, C.A., p. 351, note 1 ; de Laubadère, D.A., tome 2, p. 282.

(2) Cf. T.A. de Lille, 19 novembre 1964, Société anonyme Aciéries de Paris et d'Outreau, Rec. 767 (un contrat passé entre deux personnes de droit privé dont l'une est concessionnaire d'un outillage public dans un port « ne saurait être regardé comme un marché de droit public », « nonobstant la circonstance que ledit marché comporterait des clauses exorbitantes de droit commun... »).

opérations préalables à la conclusion de celui-ci (3) sont sans incidence sur sa nature.

Bien qu'ayant récemment la possibilité d'infléchir sa jurisprudence, le Conseil d'Etat ne s'est pas résolu à supprimer, même d'une manière limitée, l'élément organique de la notion de contrat administratif. Il a refusé d'admettre le caractère administratif d'une convention conclue par une caisse régionale de sécurité sociale et un syndicat de praticiens les plus représentatifs bien qu'elle se rattachât étroitement à la mission de service public de la caisse de sécurité sociale et comportât des clauses exorbitantes du droit commun (4).

La position des tribunaux judiciaires, pour être moins nette que celle de la juridiction administrative, n'en est pas moins identique. Dans un arrêt d'autant plus significatif qu'il est intervenu à propos d'une société d'aménagement régional (dont on connaît le caractère « fictif »), et qu'il est relatif à un contrat conclu par celle-ci pour l'exécution même de sa mission de service public, la Cour de Cassation fait application du principe selon lequel les contrats entre personnes privées ne sont pas des contrats de droit public (5).

D'une manière plus pertinente encore, la Cour d'appel de Douai décide, dans un arrêt rejoignant les solutions du juge administratif, que « les marchés passés entre personnes privées n'ont pas le caractère de contrats administratifs même s'ils concernent un service public ou des travaux publics... » (6).

En dehors des exceptions au principe, la Cour de Cassation n'a jamais admis, semble-t-il, le caractère administratif de contrats conclus par deux personnes privées. Il arrive néanmoins aux tribunaux judiciaires de procéder à une analyse de l'objet ou du contenu du contrat qui peut donner à penser, *a contrario*, que de tels contrats pour-

(3) C.E., 29 juin 1951, Société de Travaux du Sud, Rec. 386.

(4) C.E., 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord, Rec. 57, concl. Braibant, S. 1964, p. 58, chron. Fourré Puybasset, A.J.D.A. 1964.1.25.

L'interprétation de M. H. Charles (op. cit., p. 72-73), qui estime que cette solution n'est pas générale mais se justifie par le fait que l'institution en cause est un organisme privé de sécurité sociale, doit être réfutée de la manière suivante : Ce n'est qu'après avoir démontré, d'une manière générale, les inconvénients d'un revirement de jurisprudence que le commissaire du gouvernement prend en considération les principes généraux de la sécurité sociale, en introduisant les développements relatifs à cette question par « au surplus », expression dont on sait qu'elle annonce un motif surabondant. C'est donc en tout état de cause, et non parce qu'il s'agissait d'un organisme privé de sécurité sociale, que le contrat a été déclaré non administratif.

(5) Civ., 6 mai 1969, Cie d'Aménagement des Landes de Gascogne, G.P. 1969.11.98.

V. D. Hirigoyen, La C.A.L.G., organisme de mise en valeur régionale, th. Paris, 1958, avec en annexe un modèle de contrat de vente et le règlement concernant l'attribution des lots.

(6) Douai, 6 juillet 1965, D. 1966.203 (A propos des marchés des caisses de sécurité sociale ; cf. infra, Section II).

raient être administratifs (7). En fait il n'en est rien. Les autorités judiciaires définissent le contrat administratif de la même manière que le juge administratif ; mais au lieu de relever l'absence d'une personne publique au contrat pour lui dénier un tel caractère, elles s'évertuent à montrer que le contrat n'est pas de droit public par une analyse matérielle, en relevant l'absence de clauses exorbitantes ou de participation du cocontractant à l'exécution de l'objet même du service public (8).

Quant au Tribunal des Conflits, l'accord des juridictions rend ses interventions rares. Lorsqu'il est saisi, il confirme l'existence de l'élément organique dans la définition du contrat administratif. Dans l'arrêt du 3 mars 1969 relatif à la Société Interlait (9), il refuse de considérer comme étant de droit public les contrats conclus par cette personne morale de droit privé avec une autre personne privée pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée, alors qu'il admet le caractère administratif des contrats passés dans des conditions analogues par une personne publique pourtant qualifiée par ses textes institutifs d'établissement public industriel et commmercial) (10).

Si les juridictions et les auteurs s'accordent sur le principe, l'accord est moins général sur le caractère des exceptions.

§ 2 — LES EXCEPTIONS

Ces exceptions résultent d'une part de la volonté du législateur, d'autre part des solutions jurisprudentielles. La présentation logique des exceptions ne correspond pas à leur ordre chronologique d'apparition.

---

(7) Cass. civ., 19 janvier 1965, Union meunière du département du Gard, D. 1965.389 ; C.A. Nîmes, 25 avril 1960, D. 1960.725, note R. Savatier. V. aussi C.E., 14 novembre 1958, Union meunière de la Gironde, J.C.P. 1958. 10845, not Liet-Veaux. Cf. H. Charles, op. cit., p. 71, note 139.

(8) Cela paraît d'autant plus flagrant que le caractère exorbitant est dénié à des dispositions présentant manifestement ce caractère. Cf. une mesure devant intervenir après avis conforme du ministre, Cass. civ., 9 janvier 1958, Association de gérance de l'Ecole d'Apprentissage maritime, A.J.D.A., 1958.11.182. La Cour de Cassation rappelle la règle selon laquelle « les contrats passés par des organismes privés chargés de la gestion d'un service public avec leur agents [sont] en principe des contrats de droit privé », mais revient sur cette affirmation en disant que le contrat litigieux constitue un contrat de droit privé « en l'absence de clause exorbitante du droit commun ».

(9) T.C., 3 mars 1969, Société Interlait, concl. Kahn, A.J.D.A. 1969. 307, note A. de Laubadère, R.D.P. 1969.694, note Waline.

(10) T.C., 24 juin 1969, Société « Distilleries Bretonnes », A.J.D.A. 1969.311.

A) Les contrats de droit public par détermination de la loi (11).

Une seule hypothèse existe en droit positif (12), résultant du décret-loi du 17 juin 1938 (intégré à l'article L 134 du Code du domaine de l'Etat) : « Les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'Etat, les établissements publics ou leurs concessionnaires, sont portés en premier ressort devant le tribunal administratif ».

Cette disposition n'établit une exception que dans la mesure où, par concessionnaire, le législateur vise des concessionnaires ayant une personnalité morale de droit privé (en 1938 il existait déjà des concessionnaires ayant une personnalité morale de droit public, Chambres de commerce par exemple), et, cela va de soi, si les contrats conclus par des concessionnaires privés le sont avec d'autres personnes privées.

Un abondant contentieux, relatif principalement aux contrats conclus par la S.N.C.F., confirme que le décret-loi est applicable aux personnes privées. Restait en suspens le point de savoir quel est le sens précis du mot « concessionnaire ». Le Tribunal des Conflits l'a tranché d'une manière restrictive : « ...ces derniers doivent s'entendre uniquement, pour l'application de ce texte, des concessionnaires de service public » (13).

Après la notion (14), le juge a précisé le régime juridique applicable : de tels contrats échappent « tant à la compétence des tribunaux judiciaires qu'aux règles de fond propres au droit privé » (loyers, propriété commerciale...) (15).

Les contrats conclus par la S.N.C.F. mentionnant explicitement l'existence de prérogatives dont le caractère exorbitant du droit commun est accentué par le fait qu'elles s'exercent sur le domaine public (pouvoir de modification unilatérale ou de résiliation unilaté-

---

(11) R.E. Charlier, Les contrats comportant occupation du domaine public d'après le décret-loi du 17 juin 1938 et son application jurisprudentielle, J.C.P. 1943.2.372

J.M. Auby, Les contrats portant occupation du domaine public, D. 1953, chr., p. 99. J. Astima, Contrats comportant occupation du domaine public et problèmes de compétence, J.C.P. 1957.1.1390.

(12) M. de Laubadère (note, sous l'arrêt Eugène Marquis, D. 1962, p. 390) cite une loi du 11 octobre 1940 reconnaissant le caractère de marchés de travaux publics aux marchés conclus par les association syndicales de reconstruction alors qu'à l'époque ces associations étaient, aux termes de cette même loi, des établissements d'utilité publique.

(13) T.C., 10 juillet 1956, Société des steeples-chases de France, Rec. 587 ; S. 1946.11.156, concl. Chardeau, R.D.P. 1957, p. 522, note Waline).

(14) Les autres éléments de la notion de « litige relatif aux contrats comportant occupation du domaine public » ont été précisées. La référence aux contrats exclut les litiges nés de l'occupation en vertu d'une permission de voirie (C.E., 11 mai 1951, Ville de Lyon, Rec. 261). La notion de domaine public, et notamment la notion de domaine public ferroviaire, a été définie selon les deux critères généraux applicables à la matière, V. infra, titre III. Cf. Odent, C.A., p. 363 ; adde, C.E., 1er juillet 1960, Etablissements Soulat, Rec. 442 ; 22 novembre 1967, Leclerc, Rec. 434.

(15) Auby, op. cit., note (11), p. 101 s. ; Charlier, op. cit., note (11), n° 8 et s. ; de Laubadère, Contrats, tome 1er, n° 24, p. 48.

rale), les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat n'ont pas eu à faire application des règles non écrites attribuant de telles prérogatives même sans texte. Ils ont en revanche contrôlé que l'exercice de ces droits n'a pas été abusif (16), mais n'ont jamais admis, semble-t-il, qu'il l'ait été (17).

En application de la théorie du mandat, de telles prérogatives ont été reconnues au mandataire d'un concessionnaire, dans une décision réalisant la synthèse des contrats administratifs par détermination de la loi et des contrats administratifs par application des principes jurisprudentiels (18).

B) Les contrats de droit public selon la jurisprudence.

A une exception déjà ancienne (19) résultant de l'application par le Conseil d'Etat de la théorie du mandat (20), le Tribunal des Conflits en a ajouté une seconde plus récente et de portée plus limitée.

---

(16) Sur l'abus de droit dans l'exécution du contrat, V. Bonnard, note sous C.E., 22 novembre 1929, Cie des Mines de Seguiri, S. 1930.3.17 ; L. Dubouis, La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative, Préface E. Desgranges, L.G.D.J., 1962, p. 74 s.

(17) C.E., 6 octobre 1944, S.N.C.F. c/ Burgaret, Rec. 260 (« elle [S.N.C.F.] a usé légitimement du droit qui avait été prévu en sa faveur... de prononcer à toute époque la résiliation du contrat ») ; 24 avril 1959, S.N.C.F. c/ Burfin, Rec. 264 (« Les circonstances de l'affaire ne révèlent pas un exercice abusif... ». V. aussi, 16 novembre 1956, Société Savy Jeanjean et Cie, Rec. 435. En tout état de cause, le cocontractant ne peut obtenir qu'une indemnisation et non l'annulation de la mesure de résiliation (sauf à étendre la portée de la jurisprudence Serfati, cf. A.J.D.A. 1968.582).

(18) C.E., 8 janvier 1960, Lafon, A.J.D.A. 1960.2.183, note Gardies.

(19) Il faut ajouter une exception, dont on n'a pas trouvé d'exemple dans la jurisprudence récente, concernant le caractère administratif des offres de concours liant deux personnes privées (dont en général une compagnie de chemins de fer). Cf. C.E., 11 juin 1913, Compagnie des Salines du Midi c. Cie P.L.M., Rec. 652.

Le professeur Gervais présentait cette hypothèse comme ayant été fréquente. Les offres de concours, Juriscl. adm. fasc. 535, n° 36 et 48.

Voir une jurisprudence intéressante du Conseil d'Etat, mais ne constituant pas une exception supplémentaire, dans laquelle il admet que des contrats intervenus entre des médecins ou des chirurgiens dentistes et des Caisses d'assurances sociales ou d'allocations familiales « doivent être regardées comme des contrats passés avec une administration publique ou une colectivité administrative au sens de l'article... » 46 ou 40 des décrets portant code de déontologie des médecins, et des chirurgiens-dentistes (articles soumettant à l'approbation du Conseil de l'Ordre des contrats conclus par ces derniers avec les administrations publiques). Au sens de ce texte, les organismes privés de sécurité sociale sont considérés comme des administrations publiques. C.E., 26 janvier 1956, Marandas, R.P.D.A. 1958, n° 85, p. 36 ; 21 juin 1957, Azorin, Rec. 414.

(20) Par les tribunaux judiciaires également : la Cour de Douai, dans l'arrêt cité supra note (6), complète exactement la règle selon laquelle « les marchés passés entre personnes privées n'ont pas le caractère de contrats administratifs... », en réservant l'hypothèse où la personne agit non pour son compte, mais « pour celui d'une personne morale de droit public en vertu d'une sorte de mandat ». Cf. Paris, 21 novembre 1966, Société des Aciéries de Paris et d'Outre Eau c. Sté Entreprise Fougerolle et Sté Nationale de Travaux Publics, cité par J. Georgel, Juriscl. adm. fasc. 500, n° 7 et 13. Pour que le contrat, qui a pour objet l'exécution d'un travail public, ait le caractère d'un contrat de droit public, il est nécessaire que soit partie audit contrat une personne morale de droit public ou tout au moins une personne privée agissant pour son compte.

1°) *Par application de la notion de mandat.*

La notion et la nature juridique du mandat ayant déjà été étudiées à propos de l'habilitation (21), il est possible de rechercher directement les effets du mandat sur les contrats intervenus entre deux personnes privées dont l'une agit en qualité de mandataire d'une personne publique. Ces effets se dégagent de l'idée que de tels contrats doivent être regardés comme passés en réalité par la personne publique. Est-ce à dire qu'ils constituent nécessairement des contrats de droit public et qu'ils sont régis par l'ensemble des règles applicables à ceux-ci ?

Sur le premier point, la rédaction de certains arrêts du Conseil d'Etat peuvent induire en erreur en donnant à penser qu'un contrat conclu par une personne privée mandataire est nécessairement administratif. Il serait tout à fait illogique d'admettre qu'un contrat passé par une personne privée mandataire est administratif alors que le même contrat passé par la personne publique elle-même eût été considéré comme privé. Un tel contrat ne peut être administratif que s'il en remplit les conditions, c'est-à-dire s'il fait partie des contrats administratifs par détermination de la loi ou en application des critères jurisprudentiels.

C'est ainsi que la théorie du mandat conduit à reconnaître un caractère administratif par détermination de la loi, d'une part aux contrats rentrant dans le champ d'application du décret-loi du 17 juin 1938 conclus par deux personnes privées dont aucune n'est « concessionnaire » de service public, mais dont l'une agit en qualité de mandataire, soit d'un concessionnaire personne privée (22), soit d'un concessionnaire personne publique (23), d'autre part aux marchés de travaux publics (24), qui est le domaine d'élection de l'utilisation du mandat (25). L'application des critères jurisprudentiels a aussi permis d'attribuer un caractère administratif à des contrats conclus entre deux personnes privées : dans l'arrêt Prade (26), le Conseil d'Etat se fonde sur ce que le cocontractant de la personne privée mandataire de la personne publique collabore directement à l'exécution d'un service public ; dans

(21) V. supra p. 74 s.
(22) Arrêt Lafon, cité note (18).
(23) C.E., 6 janvier 1967, Berthot, Rec. 3, A.J.D.A. 1967.417.
(24) Il en va différemment lorsque la personne privée n'agit pas en qualité de mandataire : C.E., 20 déc. 1961, Société de l'Autoroute Estérel-Côte-d'Azur, Rec. 724, A.J.D.A. 1962.11.288, Chr. Galabert et Gentot, p. 288, J.C.P. 1962.11.12 732, note J. Alexandre ; 9 juill. 1967, Société des Eaux de Marseille, Rec. 241.
(25) C.E., 2 février 1940, Ministre de l'Education Nationale et des Beaux-Arts c/ Sté Coopérative de Reconstruction des Eglises dévastées du diocèse d'Amiens, Rec. 44 ; 24 fév. 1954, Secrétaire d'Etat à la Production Industrielle, Rec. 125, A.J.D.A. 1954.2.189, R.P.D.A. 1954, n° 143 ; 21 juillet 1959, Commune de Condé-sur-Noireau, Rec. 839 ; 2 juin 1951, Leduc, A.J.D.A. 1961.348, concl. Braibant ; 16 février 1966, Bernard, Rec. 113.
(26) 18 déc. 1936, Prade, Rec. 1124 ; D. 1938.370, note P.L.J., S. 1938.3.57, note Alibert.

l'affaire Société Brossette (27), sur les modalités exorbitantes de l'exécution du contrat (« rétrocession sur l'intervention directe du ministre de l'Armement et à des conditions entièrement spécifiées par l'Administration »).

La nature administrative de tels contrats entraînant nécessairement l'application d'un régime administratif, la seconde question est d'apprécier le degré de leur soumission au droit administratif et notamment aux règles écrites du droit des contrats (28).

Deux réponses opposées ont été données.

Selon certains, le droit administratif n'est pas entièrement applicable aux marchés passés par les personnes privées pour le compte des personnes publiques ; « le système du mandat permet d'échapper légalement en ce qui les concerne aux normes habituelles concernant le mode de passation des contrats administratifs et des dispositions qu'ils doivent comporter » (29).

Pour d'autres, « tous les actes du mandataire doivent être conformes à la réglementation applicable à la collectivité publique » (30) ; « les actes du mandataire doivent être en tout point conformes à la réglementation applicable à la collectivité locale elle-même » (31).

Ces positions divergentes sont toutes deux séduisantes. La première satisfait le bon sens et le souci de l'efficacité. Quel avantage les personnes publiques trouveraient-elles à recourir à un mandataire si ce dernier est soumis à une réglementation aussi lourde que celle qui leur est applicable ? La seconde satisfait la logique et le sens de la légalité. Il serait anormal que les personnes publiques parviennent à faire par l'intermédiaire de personnes privées ce qu'elles ne pourraient faire directement elles-mêmes dans des conditions identiques.

Cette seconde thèse est en fait excessive et ne correspond pas au droit positif, moins parce qu'elle soutient la soumission intégrale au droit administratif que parce que les auteurs qui la défendent ont une conception de la notion de mandat très extensive qui ne rend pas compte des solutions jurisprudentielles (32).

---

(27) 30 janv. 1931, Société Brossette et Fils, Rec. 123.

(28) En ce qui concerne la partie résultant directement de règles jurisprudentielles, il ne fait pas de doute que c'est l'intégralité du régime qui est applicable. Le Conseil d'Etat contrôle la validité du refus d'un mandataire d'une personne publique de renouveler un contrat passé avec des personnes privées (6 janv. 1967, Epoux Berthot, A.J.D.A. 1967.417), ou le caractère régulier (procédure) et non abusif (au fond) d'une résiliation prononcée dans les mêmes conditions (16 fév. 1966, Bernard, Rec. 113).

(29) Braibant, concl. sur C.E., 2 juin 1961, Leduc, A.J.D.A. 1961.345 .

(30) F.J. Fabre et R. Morin. A propos d'une décision du Tribunal des Conflits. Quelques aspects actuels du contrôle des sociétés d'économie mixte, R.D.P. 1964.767.

(31) F.J. Fabre, Les marchés des collectivités locales, Berger-Levrault, 1965, p. 14.

(32) MM. Fabre et Morin estiment en effet que la plupart des sociétés d'économie mixte et de nombreuses associations « fictives » ne peuvent agir qu'en vertu d'un mandat, « mandat tacite », « inavoué » ou « dissimulé », mais mandat cependant.

En fait, cette position paraît procéder davantage d'une hostilité à l'égard des « démembrements » de l'administration et du désir de les soumettre aux règles « tutélaires » du droit public que d'une analyse strictement juridique.

En effet, la notion de mandat en droit administratif n'est admise que dans une mesure limitée. Le Conseil d'Etat a refusé de considérer comme administratif des contrats conclus par des personnes privées pour le compte de l'Etat alors que la loi elle-même précisait qu'elles agissaient en qualité de mandataires (33). De même, le Tribunal des Conflits n'a pas admis, malgré la forte argumentation de son commissaire du gouvernement, que la société Interlait agit pour le compte de l'Etat (34).

Deux raisons sont données pour expliquer cette réticence à admettre une plus grande application du mandat, fondées toutes deux sur un argument d'opportunité.

Selon M. Lahillonne, la position restrictive du Conseil d'Etat (à propos des litiges nés de l'application de la loi du 6 août 1917) s'explique par le désir d'écarter de son prétoire une énorme quantité de litiges.

M. de Laubadère donne un argument qualitatif : le Tribunal des Conflits (dans l'affaire société Interlait) a voulu éviter d'accroître la complexité dans la répartition des compétences contentieuses entre les deux ordres de juridiction (35). Un tel argument, très certainement exact, est amoindri par le fait que le même Tribunal des Conflits a admis dans un arrêt dont le fondement est assez flou et la portée pas évidente que des personnes privées peuvent agir pour le compte d'une personne publique en dehors du cadre du mandat.

---

(33) C.E., 8 nov. 1929, Tissot, Rec. 981. Cf. Lahillonne, La gestion privée des Services publics, th. Toulouse, 1931, p. 162.

(34) Arrêt cité note (9).

A la vérité, le commissaire du gouvernement n'a pu procéder, semble-t-il, à une analyse suffisamment poussée des conditions dans lesquelles est susceptible d'agir la société Interlait (et puisqu'il souhaitait une solution de principe, les sociétés d'intervention en général). (« Les conventions passées dans la présente espèce entre l'Etat et la société interprofessionnelle ne sont pas au dossier »). Or la lecture des conventions permet de constater qu'Interlait peut agir à trois titres différents : soit pour son propre compte (comme agit pour son propre compte le concessionnaire de Service public qui participe néanmoins à l'action administrative), soit en qualité de mandataire des professionnels, « soit exceptionnellement, sur décision expresse des autorités de tutelle... pour le compte de l'Etat, en son propre nom... ». Dans ces conditions, il ne paraît pas possible de déclarer administratifs tous les contrats conclus par la société Interlait. Ne peuvent avoir cette nature, que les seuls contrats conclus « exceptionnellement... par la société Interlait pour le compte de l'Etat... » (cf. supra), à l'exclusion de ceux qu'elle passe soit pour son propre compte, soit en qualité de mandataire des professionnels.

(35) A ces deux explications, une troisième peut être envisagée : l'admission du mandat est limitée en raison des conséquences qu'il entraîne sur le plan de la responsabilité. Limiter l'application du mandat, c'est limiter la responsabilité des personnes publiques du fait de l'activité dommageable de personnes privées, V. infra, p. 311.

2°) *En application de l'arrêt du Tribunal des Conflits Société Entreprise Peyrot* (36).

A soi seul, cet intitulé révèle que le fondement précis de cet arrêt n'est pas aisé à déterminer. En conséquence, sa portée l'est également. Aussi ne doit-on pas être surpris qu'à ces deux points de vue la position des auteurs soit divergente. La place même assignée à cet arrêt dans cette étude permet d'ores et déjà de présumer la position retenue, qui écarte l'application de la notion de mandat.

Saisi sur renvoi d'un tribunal administratif (37), de la question de savoir si est ou non de nature administrative un marché passé — en vue de l'exécution de travaux nécessaires à la construction d'une autoroute — par deux personnes privées dont l'une est une société d'économie mixte concessionnaire de la construction de celle-ci, le Tribunal des Conflits décide : « Quelles que soient les modalités adoptées pour la construction d'une autoroute, les marchés passés avec les entrepreneurs par l'Administration ou par son concessionnaire ont le caractère de marchés de travaux publics ».

Lorsque l'on sait qu'en parlant de concessionnaire, le Tribunal des Conflits n'exclut nullement les personnes privées, il est manifeste que son arrêt ne s'inscrit pas dans la ligne d'une jurisprudence fidèle au critère organique.

Cette solution nouvelle est fondée sur les motifs suivants : « la construction des autoroutes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'Etat » ; « elle est traditionnellement exécutée en régie directe » ; « par suite les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles de droit public ». « Il doit en être de même, pour les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour la construction d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'Etat, ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'Etat, ou une société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société ».

Il est plus facile de montrer que l'arrêt Société Entreprise Pey-

(36) T.C., 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, Rec. 787 ; R.D.P. 1963. 776, concl. Lasry ; D. 1963.538, note P.L. Josse ; A.J.D.A. 1963.463, chr. Gentot et Fourré ; J.C.P. 1963.11.13375, note Auby ;C.J.E.G. 1964.30, note A.C. ; G.A., 1970, n° 106, p. 510 s. ; R.D.P. 1964, Fabre et Morin, article cité, note (30) ; A.J.D.A. 1966.478, J.P. Colin, La nature juridique des marchés de travaux passés par les sociétés d'économie mixte. Ch. Blaevoet, Des litiges en matière d'autoroutes, G.P. 1964.2, Doctrine, p. 58.

(37) L'arrêt d'incompétence des tribunaux judiciaires est celui de la Cour d'Appel de Toulouse du 18 juin 1961, D. 1961.669 note Josse. Dans une espèce semblable, le Conseil d'Etat décline la compétence de la juridiction administrative au motif que ne saurait être un contrat de droit public un marché conclu entre deux personnes privées dont l'une agit non en qualité de mandataire mais de concessionnaire de service public (Arrêt Société de l'Autoroute Esterel-Côte-d'Azur, cité note 24).

rot n'est pas fondé sur la notion de mandat, contrairement à ce qui est soutenu par certains auteurs (38), que d'en préciser positivement le fondement.

La lecture des divers considérants montre que le mot mandat n'est pas prononcé ; le seul argument susceptible d'être invoqué en ce sens est l'utilisation de l'expression action pour le compte de. Or l'on sait qu'en matière de travaux publics, elle peut avoir plusieurs significations, mais a rarement celle de mandat.

Les auteurs qui estiment que l'arrêt s'explique par la notion de mandat l'ont bien senti puisqu'ils fondent leur opinion, non sur l'arrêt lui-même, mais sur les conclusions du commissaire du gouvernement.

Or de nombreux commentateurs ont montré sans difficulté que le Tribunal des Conflits s'est placé sur un terrain autre que celui proposé par le commissaire du gouvernement (39). De plus, même en se fondant uniquement sur les conclusions de celui-ci, il ne paraît pas possible de soutenir que sa conviction a été déterminée par la croyance à l'existence d'une situation de mandat.

Selon le commissaire du gouvernement, « la volonté du législateur a été de placer la société d'économie mixte dans une situation de droit et de fait assimilable à celle d'un mandataire agissant pour le compte d'une personne morale de droit public et dans les mêmes conditions que celui-ci » (40).

Pour justifier la compétence de la juridiction administrative, le commissaire du gouvernement paraît invoquer des motifs de droit et des raisons de fait. Les raisons de fait sont présentées comme étant « surabondantes » et viendraient seulement à l'appui des motifs juridiques. En réalité, il n'en est rien. Les motifs juridiques résistent difficilement à l'analyse et seuls des motifs de fait expliquent la position retenue. Après avoir justement rappelé que les sociétés d'économie mixte sont des sociétés anonymes et que « la personnalité morale de la société constitue... à l'égard du juge du contrat... une sorte d'écran juridique, qui interdit tout regard sur le monde, d'ailleurs mobile et contingent, des actionnaires », le commissaire du gouvernement invite néanmoins le Tribunal des Conflits à opérer l'analyse dont il a dit auparavant qu'elle est « interdite » : « ces sociétés restent, en la forme, des sociétés commerciales. Mais les moteurs traditionnels de l'initiative privée font entièrement défaut... ». Suit une analyse économico-juridique tendant à montrer que les sociétés d'économie mixte sont purement « fictives » et que par conséquent elles ne peuvent agir qu'en qualité de mandataire de la puissance publique.

Cette démonstration est peu convaincante si l'on songe que le mandat, par opposition à la concession dont la fin prématurée est

(38) Cf. Fabre et Morin.
(39) Cf. Auby, note citée (36) ; Long, Weil, Braibant, G.A., 5e éd., p. 515.
(40) R.D.P. 1963, p. 786.

possible mais subordonnée à certaines conditions, est révocable *ad nutum*, et plus encore que la société agit, selon l'article 2 de la convention de la concession, « à ses risques et périls » (41), enfin d'une manière plus générale que la situation de concessionnaire exclut en principe celle de mandataire (42).

Les vraies raisons sont indiquées au début et à la fin des conclusions : la compétence de la juridiction administrative s'impose en vue d'une « bonne administration de la justice » (43).

Quoi qu'il en soit, le commissaire du gouvernement a obtenu l'adhésion du Tribunal des Conflits, si ce n'est quant aux motifs tout au moins quant à la décision adoptée. On ne peut méconnaître qu'elle constitue une dérogation au principe selon lequel la définition du contrat administratif comporte un élément organique tenant à la présence comme partie au contrat d'une personne publique.

Pour que le principe subsiste, encore faut-il que cette exception ait une portée limitée. Tel paraît bien être la situation en droit positif, encore que, comme son fondement, la portée de l'arrêt ait prêté à contestation.

Les auteurs ayant pris parti en faveur de la notion de mandat estiment que la même solution doit être étendue à tous les marchés de travaux de toutes les sociétés d'économie mixte.

Pour la majorité de la doctrine, la solution ne vaut que pour les seuls marchés de travaux des seules sociétés construisant des autoroutes, conformément à la décision du Tribunal des Conflits qui fonde explicitement sa solution sur la loi de 1955.

Ni la thèse extensive, ni la thèse restrictive n'ont été confirmées en droit positif. Apparemment la première paraît l'avoir emporté puisque la solution de l'arrêt Entreprise Peyrot a été appliquée en dehors du domaine de la construction d'autoroutes dans le cadre de la loi du 18 avril 1955. L'extension paraît limitée quantitativement et qualitativement. Une seule société est concernée, et encore agit-elle dans un secteur qui est fort proche de la construction d'autoroutes (44).

Même si — ainsi que le souhaitent certains auteurs (45) — le champ d'application de cette jurisprudence devait être étendu à d'autres travaux que ceux susvisés, cela ne suffirait pas à remettre en cause l'existence du critère organique en matière de qualification des contrats.

---

(41) J.O. 29 mai 1957, p. 5382.

(42) Ce qui ne signifie pas qu'une convention de mandat ne puisse être conclue pour un objet déterminé entre la personne publique concédante et le concessionnaire, C.E., 9 juillet 1967, Société des Eaux de Marseille, Rec. 241, A.J.D.A. 1968.184.

(43) R.D.P. 1963, p. 782, 786, 787.

(44) C.A. Paris, 2 déc. 1964, Société du Tunnel sous le Mont-Blanc, D. 1965, p. 712, note Blaevoet, J.C.P. 1965.11.14 357, note Auby. C.E., 24 avril 1968, Société Concessionnaire Française pour la Construction et l'Exploitation du Tunnel Routier sous le Mont-Blanc, Rec. 256, A.J.D.A. 1968.478 (solution implicite).

(45) Cf. Waline, Précis de droit administratif, 1970, tome 2, n° 318, p. 193.

La vraie raison du refus du Tribunal des Conflits d'admettre le caractère privé des marchés de travaux passés par les sociétés d'économie mixte paraît résider dans le fait qu'une telle qualification ne leur aurait pas permis de bénéficier des prérogatives exorbitantes du droit commun que le juge administratif reconnaît même sans texte.

A la vérité cet inconvénient est souvent limité, et même supprimé, par une pratique de plus en plus courante tendant à soumettre les contrats des personnes privées intervenant dans l'action administrative — en prérogatives comme en sujétions — au même régime que les contrats de l'Administration, sans qu'ils acquièrent de ce fait la nature de contrat de droit public.

Si les contrats des personnes morales de droit privé assumant des fonctions administratives ne peuvent avoir un caractère administratif que dans une mesure limitée, cela ne signifie pas pour autant qu'ils soient régis uniquement ni même parfois principalement par les règles de fond du droit privé.

Section II

COMPATIBILITE DU REGIME JURIDIQUE DES CONTRATS CONCLUS ENTRE PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE AVEC LE REGIME JURIDIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS (Fond du droit)

La tendance à soumettre les personnes privées agents de l'intervention au même régime juridique que celui de l'Administration se manifeste sous une forme atténuée lorsque leurs contrats, tout en conservant une nature juridique privée, sont régis, sur un nombre de points importants, par les règles de fond du droit administratif (46).

Dans cette situation, qui n'a aucune incidence sur la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, le fond ne détermine pas la comptence, mais la compétence n'influe que partiellement sur le fond du droit.

Il n'est pas rare en effet que les personnes privées soient obligées de passer leurs contrats « suivant les règles en vigueur pour les marchés de l'Etat » ou des collectivités locales.

La soumission au régime juridique des contrats administratifs (47) ne se limite pas, comme pourrait le laisser croire l'expression susindiquée, aux seules règles concernant la conclusion des

(46) Ces développements visent les marchés, les problèmes relatifs aux contrats de louage de services étant abordé Titre II.

(47) Par régime juridique des contrats administratifs, il faut entendre uniquement les règles écrites, à l'exclusion de celles qui résultent de la jurisprudence de la juridiction administrative.

marchés, dont on sait qu'elle constitue essentiellement une dérogation « en moins » par rapport au droit commun. Les sujétions exorbitantes du droit commun dans la passation du contrat sont accompagnées parfois de l'octroi de prérogatives de même nature en ce qui concerne son exécution.

Dans la conclusion des contrats, le régime dérogatoire consiste en dispositions limitant les conditions de choix des cocontractants (48), ou subordonnant la validité du contrat à des contrôles préalables : commission des marchés (49), contrôleur d'Etat (50), nécessité d'une approbation (51).

Ces sujétions sont d'application très générales, à l'inverse des prérogatives qui sont moins fréquemment accordées. Dans l'exécution du contrat, les organismes privés de sécurité sociale détiennent l'ensemble des droits reconnus à l'Administration elle-même : pouvoir de direction des opérations d'exécution des travaux par le biais des ordres de services auxquels le cocontractant doit « se conformer strictement » (52), ou pouvoir de surveillance sur les conditions d'exécution de la commande (53) ; pouvoir de sanction — ou comme le dit le texte — possibilité de prendre des « mesures coercitives », pénalités de retard, établissement d'une régie aux frais de l'entrepreneur (54) ; pouvoir de résiliation unilatérale à titre de sanction, dite « résiliation aux torts du titulaire » du marché ; pouvoir de

(48) Le mode de passation des marchés de travaux et de fournitures des organismes de sécurité sociale est « celui prévu pour les marchés de l'Etat d'un montant égal et dans les mêmes cas » (art. 1er al. 1er du décret du 20 janvier 1955 codifié à l'article L 64 du code de la Sécurité Sociale) ; les mêmes garanties doivent être exigées (al. 2). Arr. 6 déc. 1967 fixant les conditions de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services (J.O., 29 décembre, p. 1290 s.).

Pour les marchés de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (A.F.P.A.), qui doivent être « passés suivant les règles en vigueur pour les marchés de l'Etat », V. arr. 21 déc. 1967, J.O., 11 janv. 1968, p. 546.

En sens inverse, a. 46 du décret n° 881 du 18 oct. 1965 : (Les contrats et marchés de travaux, de fournitures et de prestations de service passés par le transporteur [de produits chimiques par canalisations] pour la construction et l'entretien des ouvrages ne sont pas soumis à la règlementation des marchés de l'Etat et des collectivités publiques (J.O., 20 oct., p. 9277).

(49) Cf. Arr. 6 déc. 1967, titre V (J.O., 29 déc., p. 12914) pour les organismes de Sécurité Sociale.

(50) Pour l'A.N.I.F.R.M.O., devenue A.F.P.A., V. Arr. 1er févr. 1966, art. 6, c. (J.O. 4 mars p. 1862). Pour l'A.M.P.R.A. (dont les activités ont été reprises par l'établissement public nommé Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles), V. arr. 28 août 1964, a. 14 al. 2 (J.O., 16 sept., p. 8419).

(51) La tutelle sur les contrats, comme la tutelle sur les actes unilatéraux, doit avoir été prévue par une autorité compétente (C.E., 18 juillet 1930, Cie des Chemins de fer P.L.M., Rec. 753).

(52) Arr. 20 déc. 1962, portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux passés par les organismes de sécurité sociale, a. 12 al. 1 et 4. Arr. 31 août 1966 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés passés au nom des sociétés d'habitation à loyer modéré, a. 11 B 4.

(53) Arr. 7 sept. 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de fournitures courantes passés par les organismes de Sécurité Sociale, a. 36.

(54) Arr. 20 déc. 1962, a. 35 et 36 ; Arr. 31 août 1966, a. 29.

résiliation dans l'intérêt général dite « résiliation du fait de l'organisme » (55) ; pouvoir de modification enfin : l'entrepreneur doit se conformer aux changements qui lui sont prescrits (56).

Ces quelques indications, qui ne donnent qu'une image incomplète des prérogatives exorbitantes du droit commun susceptible d'être confiées à des personnes privées dans l'exécution du contrat, permettent d'affirmer que si le fond suffisait à déterminer la compétence les contrats dans lesquels elles sont insérées devraient relever de la compétence de la juridiction administrative (57).

Or tel n'est pas le cas, puisque le principe est que les contrats conclus entre personnes privées ne peuvent être de nature administrative.

Dans ces hypothèses, les juridictions se trouvent confrontées à la difficulté de savoir s'il convient de maintenir les principes traditionnels qui assurent sans difficulté la répartition des compétences, mais en méconnaissance de la réalité, ou s'il n'est pas préférable d'y renoncer pour mettre le droit en accord avec les faits.

Jusqu'à présent, sauf dans l'hypothèse de l'arrêt Société Entreprise Peyrot, elles ont préféré maintenir les principes traditionnels. Ceux-ci ne sont plus satisfaisants car le désir d'assurer la clarté de la répartition des compétences entraîne comme conséquence la méconnaissance de la réalité. En l'état actuel des choses, force est de reconnaître que les tribunaux judiciaires et administratifs ne peuvent trouver de solutions leur permettant, tout en respectant le caractère privé des institutions, de ne sacrifier ni l'impératif de la clarté du système de répartition des compétences, ni le souci d'accorder le droit aux faits.

Dans le système actuel, tout choix procède nécessairement d'un sentiment de défiance à l'égard de l'un ou l'autre ordre juridictionnel. Défiance à l'égard du juge judiciaire si l'on estime qu'il n'est pas apte à appliquer les règles du droit administratif. Défiance à l'égard du juge administratif si l'on estime que le juge de droit commun peut trancher de tels litiges : pourquoi maintenir l'un si l'autre est aussi apte que le premier à juger les mêmes affaires.

La solution théorique probablement la plus satisfaisante serait que la puissance publique attribue une personnalité morale de droit public à celles des institutions privées qui n'ont de privé que la forme, quitte à prévoir le cas échéant un régime assoupli si la soumission à l'intégralité du droit administratif ne paraît pas souhaitable. Si les pouvoirs publics ne le font pas, les juges seront contraints d'abandonner progressivement le critère organique avec les conséquences regrettables que cela entraîne sur le plan de clarté de la répartition des compétences.

(55) Arr. 7 sept. 1964, a. 53 et 55 ; V. Arr. 31 août 1966, a. 32 A.
(56) Arr. 20 déc. 1962, a. 2 al. 5 et al. 7 ; Arr. 7 sept. 1963, a. 41 ; Arr. 31 août 1966, a. 11 B 5.
(57) Pour les marchés des Caisses de Sécurité Sociale, l'article 115 de l'arrêté du 6 décembre 1967 indique que les litiges doivent être soumis aux juridictions de droit commun.

***

Si l'on tente, en conclusion, d'apprécier le rôle respectif de la notion de service public et de l'idée de puissance publique dans la détermination de la notion et du régime des actes juridiques des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative, il est aisé de constater qu'il varie selon qu'il s'agit des actes unilatéraux ou des contrats, et selon que l'on se situe sur le plan de la répartition des compétence contentieuses ou sur celui du fond du droit.

Pour l'acte unilatéral, le rôle prééminent est joué par la notion de puissance publique. Elle a conduit à l'abandon de la condition organique de la notion d'acte administratif unilatéral et explique le régime contentieux de l'acte administratif unilatéral émané d'une personne privée. La notion de service public joue néanmoins un certain rôle sur le plan du fond de droit puisqu'elle permet de déterminer, parmi l'ensemble des personnes privées, celles auxquelles il est concevable que les pouvoirs publics accordent le pouvoir de décision unilatérale. Sur le plan contentieux, elle n'est d'aucune utilité.

Pour le contrat, la notion de service public seule joue un certain rôle. Mais pas plus que la notion de puissance publique, elle n'exerce une influence sur la notion de contrat administratif et par suite sur la détermination des compétences entre les deux ordres de juridiction. Son influence se situe sur le fond du droit et conduit parfois à soumettre les contrats des personnes privées à une réglementation plus ou moins inspirée de celle des contrats conclus par les personnes publiques.

Ces résultats s'inscrivent dans le prolongement des conclusions de M. Chapus (58), qui considère que le droit administratif est le droit du service public, et le contentieux administratif, le contentieux de la puissance publique, avec cette réserve toutefois que les contrats des personnes privées intervenant dans l'action administrative sont susceptibles de contenir une dose de puissance publique élevée sans pour autant entraîner la compétence de la juridiction administrative.

L'étude des contrats révèle également que la distinction des personnes publiques et des personnes privées continue à jouer un rôle important que ne peuvent contester les auteurs qui ont tendance à en nier ou en minimiser la portée.

D'une manière plus générale encore, cette distinction conserve sa valeur traditionnelle en ce qui concerne la détermination de la qualification juridique des agents.

---

(58) R. Chapus, Le service public et la puissance publique, R.D.P. 1968. 235.

TITRE II

LA CONDITION JURIDIQUE DES AGENTS

L'intervention des personnes privées dans l'action administrative, si elle affecte la notion traditionnelle de l'acte administratif unilatéral (et dans une mesure moindre celle de contrat administratif), est sans influence sur la notion d'agent public.

Les agents des personnes privées auteurs de l'intervention n'acquièrent pas du fait de celle-ci la qualité d'agent public. Cette constatation n'exclut pas que des agents publics (ou des fonctionnaires) puissent être à leur service.

Bien qu'étant des salariés de droit privé, les agents des personnes privées ne sont pas exclusivement régis par le droit commun du travail. Le phénomène d'intervention, s'il n'affecte pas la qualification juridique du personnel, n'est pas sans influence sur le régime juridique qui lui est applicable. On retrouve ici l'importance de la distinction faite à propos des contrats entre l'aspect contentieux et le fond du droit.

Après quelques développements préliminaires sur les agents publics ou fonctionnaires au service des personnes privées intervenant dans l'action administrative, il convient de vérifier l'exactitude des deux formules qui résument la situation juridique du personnel :

1° Incompatibilité de la notion d'agent d'une personne morale de droit privé et de la notion d'agent public.

2° Soumission partielle des agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative à un régime de droit public.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LES AGENTS PUBLICS AU SERVICE DES PERSONNES PRIVEES INTERVENANT DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE

Que les agents d'une personne morale de droit privé n'aient pas la qualité d'agent public ne signifie nullement que des agents publics ou des fonctionnaires — qui sont tels en tant qu'ils sont liés à une personne administrative par un lien de droit public — ne puissent être au service d'institutions privées intervenant dans l'action administrative (1).

Cette hypothèse ne sort pas du cadre de la présente étude puisque le fait que des agents publics soient au service de personnes privées s'analyse principalement en la mise à leur disposition des moyens en personnel de la puissance publique (2). Elle ne se situe cependant pas dans l'axe principal d'une recherche qui vise à préciser dans quelle mesure les notions fondamentales du droit administratif, et dans ce titre la notion d'agent public, ont été affectés par le phénomène étudié. Aussi ce chapitre préliminaire vise-t-il simplement à écarter les agents au service d'une personne privée qui sont agents publics parce qu'ils possèdent cette qualité en tant qu'agents d'une collectivité publique, seulement mis — à temps — à la disposition des personnes privées. En d'autres termes, l'existence de cette situation ne pourra être invoquée pour prétendre que le personnel des personnes privées est un personnel de droit public.

---

(1) On peut poser la question des rapports entre la notion d'intervention des personnes privées dans l'action administrative et l'existence d'agents publics mis à la disposition de celles-ci. Deux situations théoriques sont concevables. On bien les agents publics ne peuvent être au service d'une personne privée que si celle-ci intervient dans l'action administrative, auquel cas il y a entre les deux phénomènes un lien très étroit, ou bien il y a indépendance en ce sens que l'exercice par des agents publics d'une activité pour le compte d'une personne privée est possible même si celle-ci ne participe pas à l'action administrative. Le droit positif tend à consacrer la première solution.

Il va de soi, et la remarque vaut pour l'ensemble de ce chapitre, que l'on envisage des agents publics ou fonctionnaire agissant en leur qualité d'agent public ou de fonctionnaire. Un fonctionnaire peut parfaitement se trouver au service d'une personne privée n'intervenant pas dans l'action administrative, mais en ce cas il n'agit pas en sa qualité de fonctionnaire. Il devra d'ailleurs pour ce faire être mis en disponibilité.

(2) Pour la situation inverse (exercice par les agents d'une personne privée d'une activité pour le compte d'une personne publique), V. C.E., 3 juillet 1968, Dlle Dupont, Rec. 415, infra, note (24).

Sans entrer dans une étude approfondie des problèmes juridiques que pose ce phénomène (3), on se borne à en donner une description d'ensemble et à essayer d'en saisir les différentes significations.

Notons tout d'abord d'un point de vue juridique que la mise à la disposition d'organismes privés d'agents publics ou de fonctionnaires ne se réalise pas nécessairement par la voie du détachement. Celui-ci intervient en général seulement si l'intéressé cesse toute activité dans son administration d'origine. Lorsqu'au contraire l'agent, tout en exerçant ses fonctions administratives normales, les cumule avec un travail à temps partiel au sein d'une personne privée, il n'est que « prêté » ou « mis à la disposition » de l'organisme privé et demeure en position de service actif.

Ce phénomène n'est pas récent. M. Mathiot, qui indique que le détachement des fonctionnaires auprès des personnes privées a toujours été admis en France, signale comme premier texte général relatif à ces situations la loi du 9 juin 1853 (art. 4) visant « les fonctionnaires rétribués en tout ou en partie sur les fonds... des compagnies concessionnaires » (4). Mais dès 1822, on peut lire dans des cahiers des charges relatifs à la construction de canaux que les compagnies peuvent « se faire assister par un ingénieur des Ponts et Chaussées », leur choix devant être « soumis au directeur général qui décidera s'il est possible sans inconvénient de distraire du service public un ingénieur en exercice » (5).

Au dix-neuvième siècle ce fait se développe en matière d'enseignement notamment (6). Au vingtième siècle, l'interventionnisme et

---

(3) La doctrine s'est uniquement intéressée au problème du détachement. A. Mathiot, Le détachement des fonctionnaires, R.D.P. 1938.457. J.F. Lachaume. Le détachement d'un fonctionnaire auprès d'un organisme privé, Dr. Soc. 1966.324. J. Dutheil de la Rochère, note sous C.E., 24.1.1969, Syndicat national des cadres des organismes sociaux, D.S. 1969.440 ; sur le même arrêt, V. Dewost et Denoix de Saint-Marc, A.J.D.A. 1969.156. D'un point de vue moins juridique, M. Chemillier-Gendreau, Le détachement dans la fonction publique, R.D.P. 1967.647, notamment, p. 687 et en annexe, tableau, p. 692-693.

V. aussi, Demichel, Les Frégoli de la fonction publique. Remarques critiques sur le détachement, D.S. 1969, chr., p. 29.

Le régime juridique du fonctionnaire détaché dans un organisme privé ne paraît pas présenter de spécificité par rapport à celui des fonctionnaires détachés au sein des personnes publiques.

Ce fonctionnaire a un droit à « la régularisation de sa situation administrative » à la fin du détachement (C.E., 26 nov. 1947, Loupias, Rec. 438), lequel est « essentiellement révocable » (Cass. Soc., 13 oct. 1965, Guilbert, V. Lachaume, article cité).

(4) Op. cit. note (3), p. 463.

(5) Art. 10 du cahier des charges (Canal de Bourgogne) annexé à la loi du 14 août 1822, B.L., n° 550, n. 243.

(6) Ex. : loi du 27 juillet 1892 approuvant les conventions signées entre l'Etat et les sociétés anonymes du collège Sainte-Barbe et de l'Ecole Monge, relative à l'allocation de subventions, B.L., n° 1504, p. 577.

En 1902 (art. 71 de la loi de finances du 30 mars), le détachement de fonctionnaires de l'enseignement public cesse d'être applicable aux établissements ayant un caractère confessionnel. Cf. Mathiot op. ci., p. 47.

Plutôt que d'estimer que la loi du 31 décembre 1959 (Loi Debré) opère un « renversement de la règle traditionnelle qui interdisait à des maîtres de l'Etat d'exercer dans un établissement privé », (J.P. Lassalle, La situation du personnel des établissements d'enseignement privé sous contrat, D. 1964, chr. p. 4), on peut penser qu'elle renoue avec le passé.

le dirigisme ne font qu'accroître une tendance qui s'est manifestée dès l'époque libérale. S'ajoutant aux « prêts de personnel » par l'armée aux sociétés de préparation militaire (7) ou au détachement d'agents des Postes dans les postes privés de radiodiffusion (8), de nombreux textes inspirés d'idées interventionnistes permettent ou imposent la mise à la disposition d'organismes privés intervenant en matière économique (9) ou sociale (10) des personnels de la puissance publique.

A l'accroissement quantitatif correspond une différence qualitative. Avec l'interventionnisme, le phénomène ne revêt plus nécessairement la même signification qu'à l'époque libérale. Dans ce dernier cas la mise à la disposition d'organismes privés de fonctionnaires se rattache à l'idée que les personnes privées assumant après habilitation les mêmes fins que l'action administrative peuvent bénéficier des mêmes moyens en personnel. Avec l'interventionnisme, outre que la nature même des institutions exige parfois la présence en leur sein des représentants de la puissance publique, elle s'explique par l'idée de contrôle de la personne privée. Aussi est-il évident que plus la personne privée a un caractère « fictif » accentué (11) plus la participation de fonctionnaires est importante.

Sous le régime de Vichy, ce phénomène connaît une grande extension notamment dans les associations « dirigées » (12).

Les nationalisations contribuent à le développer puisque — tout en laissant subsister dans certains cas la personnalité morale de droit privé — elles conduisent à la présence, au sein des organes de personnes morales de droit privé, de fonctionnaires représentant l'Etat. Cette situation, qui avait connu un précédent lors de la première vague d'économie mixte antérieure à la seconde guerre mondiale, s'étend avec le développement d'une économie mixte de façade (13).

---

(7) P. Boissier, Les accidents de préparation militaire. Etude de quelques problèmes de responsabilité posés par la préparation militaire, th. Rennes, 1959.

(8) D. 28 déc. 1926, art. 17-14°.

(9) Pour les consortiums, V. l'interpellation de E. Brousse, citée supra, p. 26, note (38).

Pour le « C.I.C.I. », V. th. Salleron, citée p. 158, note (101). (Deux fonctionnaires sont prêtés par l'Administration à cette Association). Sur « le personnel d'un établissement public (O.N.I.C.) mis à la disposition » des groupements de répartition des farines constitués sous la forme de société anonyme, V. th. Court, citée p. 158, note (101), p. 33.

(10) Quatre chargés de mission de la Présidence du Conseil sont mis à la disposition du Secours National (Loi du 4 oct. 1940, art. 2). Sur cette institution, V. Jouan de Kervenoaël, th. Paris, 1941.

(11) Sur les personnes morales de droit privé « fictives », V. supra, p. 16 et s.

(12) L'avis du Conseil d'Etat du 6 févr. 1943 relatif au détachement des fonctionnaires au sein des comités d'organisation fournit un argument en faveur de leur nature privée. Cet avis soumet le détachement des fonctionnaires dans ces institutions aux règles applicables au détachement auprès des établissements privés et non à celles concernant les personnes publiques (Cf. Jacques Donnedieu de Vabres, note sous l'arrêt Bouguen, D.C. 1944, p. 54).

(13) Cf. d. 11 janv. 1952 relatif au statut des représentants de l'Etat dans les conseils des sociétés d'économie mixte. C.E., 29 avril 1964, Missa, Rec. 263.

Sur le développement du détachement des fonctionnaires, V. Cour des Comptes, Rapport 1955-1956, J.O., Doc. adm., 1958, p. 27, note (15, fonction-

La lecture du Journal Officiel révèle l'existence de très nombreux décrets portant approbation de modifications de statuts d'organismes privés de différente nature juridique « en vue de [leur] permettre de recourir pour l'exercice de certaines fonctions aux services de fonctionnaires de l'Etat » (14).

Quelle que soit la raison de la participation d'agents publics à l'activité des personnes privées, dans tous les cas leur situation juridique est identique du point de vue qui nous intéresse : il s'agit d'individus ayant la qualité d'agent public ou de fonctionnaire parce qu'ils sont directement liés par un lien de droit public à une collectivité publique. C'est en ce sens que le Tribunal des Conflits a pu parler des agents « non fonctionnaires » de la Compagnie nationale Air-France (15). Si l'on peut en déduire *a contrario* que celle-ci possède des agents fonctionnaires, il ne peut s'agir que de personnes détenant cette qualité préalablement à leur entrée au service de la Compagnie, en tant que fonctionnaires détachés ou mis à sa disposition.

Les agents propres à une personne privée ne peuvent en effet avoir la qualité d'agents publics.

---

naires détachés à la Compagnie d'aménagement du Bas-Rhône et du Languedoc, au 30 avril 1957).

La circulaire du 17 août 1964 rappelle les textes permettant aux ingénieurs des Ponts et Chaussées et du Génie rural de prêter leur concours aux sociétés d'économie mixte.

(14) D. 23 déc. 1965, J.O. du 29, p. 11888 ; d. 11 mai 1967, J.O. du 18, p. 4868 (C.R.E.D.O.C.). Pour les organismes directement créés par la puissance publique, la possibilité de détachement est parfois prévue par le texte institutif Pour le Centre national d'information pour la productivité des entreprises, V. a. 4 d. 2 avril 1968 (J.O., 4 avril, p. 3483) : le nombre de fonctionnaires détachés pourra atteindre le huitième de ses effectifs. En ce qui concerne les fonctionnaires locaux, V. a. 10 d. n° 62544 du 5 mai 1962. Cass. soc., 23 avril 1959, Bull. IV, n° 521, p. 429 (fonctionnaire municipal détaché dans une société exploitant le service public de la distribution d'eau, en régie intéressée).

(15) 15 janv. 1968, Barbier, Rec. 789.

CHAPITRE I

INCOMPATIBILITE DE LA NOTION D'AGENT PUBLIC ET DE LA NOTION D'AGENT D'UNE PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVE

(Aspect contentieux)

On peut penser que ce chapitre vise à démontrer une évidence. Et pourtant, dans le passé comme aujourd'hui, en ce domaine comme en d'autres, c'est pour avoir oublié des évidences que des difficultés sont apparues là où elles n'auraient pas dû surgir.

Dans cette mesure, il n'est pas inutile de montrer que les notions d'agent public et d'agent d'une personne morale de droit privé sont incompatibles et surtout que cette incompatibilité est absolue.

Section I

INCOMPATIBILITE PAR MANQUE DE L'ELEMENT ORGANIQUE DE LA NOTION D'AGENT PUBLIC

La notion d'agent public comporte un élément organique (lien direct avec une personne morale administrative) qui empêche que cette qualité soit reconnue aux agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative.

A ces derniers, il est vrai, la qualité de « fonctionnaire » ou d'« agent public proprement dit » a été attribué par certains auteurs. Ainsi Duguit et Jèze appliquèrent-ils ces qualifications, l'un à tous les agents des concessionnaires (privés) de service public (16), l'autre aux seuls agents agréés par l'Administration (17). Ces opinions n'ont

---

(16) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 1911, tome I, p. 518.

(17) Jèze, Principes, 1914, tome I, p. 431. Jèze considère en fait que les employés agréés par l'Administration sont dans une double situation juridique, « agents publics proprement dits » à l'égard de l'Administration et liés au concessionnaire par un contrat de louage de services.

jamais été confirmées par la jurisprudence. Le Tribunal des Conflits, les juridictions de l'ordre judiciaire (18) et administratif (19) ont toujours eu de la notion d'agent public ou de fonctionnaire une conception organique, qui, si elle ne s'oppose pas à ce que des agents d'une personne publique puissent ne pas être des agents publics, interdit de l'être aux agents d'une personne privée.

L'élément organique est ainsi une condition nécessaire (mais non suffisante) de la notion d'agent public. On le vérifie à la fois dans un contexte statique et dans un contexte dynamique.

Dans un contexte statique tout d'abord et en distinguant selon que le caractère privé du groupement est ou non problématique. Dans ce dernier cas, le juge se borne à relever que l'institution est une personne privée, et en tire directement la conséquence que l'agent n'est pas un agent de droit public ou un fonctionnaire et que la juridiction administrative est incompétente, parce que les rapports entre les organismes privés et leur personnel sont des rapports de droit privé. L'utilisation d'un critère organique ressort encore mieux d'arrêts plus anciens dans lesquels le Conseil d'Etat, au lieu de relever positivement la nature privée de l'institution, la qualifie d'une manière négative : considérant que l'institution « n'est pas un établissement public ; qu'ainsi le Conseil d'Etat n'est pas compétent... » (20). La jurisprudence récente du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat relative à des agents relevant d'institutions dont le caractère public ou privé est indéterminé confirme, si besoin est, l'utilisation par le juge de l'analyse organique. En ces hypothèses, le juge résoud en premier lieu la question de la nature juridique de l'institution. Si celle-ci est publique, l'agent à propos duquel se pose le problème de qualification peut être un agent public (21) ; si elle est privée, l'agent ne peut être un agent public (22). En d'autres termes, le problème de la nature publique ou privée d'un agent ne se pose qu'autant que la personne dont relève l'agent est une personne publique. Il ne se pose pas lorsque l'institution a un caractère privé. En ce cas, l'agent ne peut être qu'un salarié de droit privé.

---

(18) Il y a eu dans le passé certains flottements parmi les juridictions inférieures, notamment en ce qui concerne la nature juridique du personnel de Caisses de Sécurité Sociale. La Cour de cassation les a redressés. Cass. civ., 26 janv. 1959, Bull. I, n° 52 ,p. 43 ; 19 oct. 1959, Berche, Bull. I, n° 18, p. 346. Sur la qualité d'agent privé des agents d'une société concessionnaire de service public, Cass., 10 mars 1955, Dr. Soc. 1955.496.

(19) C.E., 29 mai 1908, Alessandri, Rec. 575 ; 10 juillet 1934, Masson, Rec. 800 ; 24 mai 1938, Burelle, Rec. 473 ; 18 oct. 1950, Charropin, Rec. 503 ; 29 nov. 1950, Le Roux, Rec. 583 ; 2 févr. 1951, Dlle Bodin, Rec. 70 ; 19 déc. 1952, Dlle Fievet, Rec. tables, p. 736 ; 13 nov. 1964, Guivel, Rec. 538 ; 15 oct. 1965, Bagnaro, Rec. tables, p. 959.

Adde arrêts cités infra, notes (20), (22), (Chevassier), (24).

(20) 10 janv. 1931, Jeandel, Rec. 30 ; 4 juin 1931, Marius, Rec. 592.

(21) C.E., 13 nov. 1959, Navizet, R.D.P. 1960, 1034, concl. Heumann.

(22) T.C., 20 nov. 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis », cf. supra, p. 44, note (111). C.E., 4 avr. 1962, Chevassier, D. 1962.327, concl. Braibant.

Ce qui vient d'être constaté dans un contexte statique se vérifie aussi dans un contexte dynamique, soit que le lien unissant un agent à une personne publique soit rompu par le fait que l'intéressé devient l'agent d'une personne privée, soit que, inversement, l'agent d'une personne privée devienne l'agent d'une personne publique. La jurisprudence fournit des exemples de ces mouvements de sens contraire. De l'arrêt Biret, il résulte qu'un agent communal, professeur de musique des écoles municipales, perd la qualité d'agent de la commune en devenant le salarié d'une association privée, et ce bien qu'aucune délibération du Conseil municipal n'ait supprimé le poste de professeur de musique (23).

L'arrêt Dupont fournit l'exemple d'une situation inverse (24). Une association s'était engagée, par une convention, à mettre à la disposition de l'Assistance publique les assistantes sociales dont cet établissement public aurait besoin. Le Conseil d'Etat décide que de telles stipulations n'ont pas eu « pour effet de mettre fin aux contrats de droit privé liant les assistantes sociales à l'association et de faire naître un lien direct de droit entre lesdites assistantes sociales et l'Administration ». En revanche, le Conseil d'Etat considère que les requérantes ont acquis la qualité « d'agent public » à compter du 1er novembre 1956, jour de leur intégration dans un cadre latéral du personnel de l'Administration générale de l'Assistance publique (25). Il est ainsi établi que les agents d'une personne privée, sauf l'hypothèse écartée dans le chapitre préliminaire, ne peuvent être des agents publics.

Il existe, il est vrai, une jurisprudence du Conseil d'Etat considérant comme agents publics les salariés des personnes morales de droit privé. Cette jurisprudence n'est que la conséquence directe de la volonté expresse du législateur, en marge des critères jurisprudentiels, de considérer comme agents publics pour l'application d'un texte précis (l'ordonnance du 27 juin 1944 relative à l'épuration administrative) les personnels de différentes catégories de personnes privées intervenant dans l'action administrative (26). Elle ne constitue qu'une exception législative de portée très limitée à la règle jurisprudentielle de l'incompatibilité de la notion d'agent public et de la notion d'agent d'une personne morale de droit privé, règle dont la portée est absolue en jurisprudence.

---

(23) C.E., 22 févr. 1963, Rec. tables, p. 837.

(24) C.E., 3 juillet 1968, Dlle Dupont, Rec. 415.

(25) L'intégration des agents d'une personne privée dans le personnel d'une personne publique, de même que la transformation d'une personne privée en personne publique, ont pour effet, sauf dispositions contraires et si les critères matériels tenant à la nature du service et à la nature de la participation de l'agent sont réunis, de les transformer d'agents de droit privé en agents de droit public.

Sur l'intégration des personnels d'une personne privée parmi les agents des personnes publiques, cf. infra, p. 253.

(26) Art. 2 al. 3 et 4. Une jurisprudence abondante est intervenue à propos de l'application de ce texte. V. notamment C.E., 25 juin 1948, Delaruelle, Rec. 296 ; 27 oct. 1948, Mialon, Rec. 392 ; 12 mars 1954, Villette, Rec. 155.

Section II

INCOMPATIBILITE ABSOLUE

En jurisprudence, l'incompatibilité de la notion d'agent public et de la notion d'agent d'une personne privée est absolue. Elle ne cède ni devant la participation directe de l'agent au fonctionnement du service public, ni devant la présence d'une situation ou de clauses exorbitantes du droit commun, ni devant la nature des fonctions assumées.

§ 1 — INCOMPATIBILITE NE CEDANT PAS DEVANT LA PARTICIPATION DIRECTE DE L'AGENT A L'EXECUTION DU SERVICE PUBLIC.

Si Duguit et Jèze ont affirmé la qualité d'agent public des agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative, c'est probablement par référence à l'idée de service public, qui, « pierre angulaire du droit administratif », devait servir à en définir toutes les notions maîtresses.

Cette opinion, contraire au droit positif d'alors qui n'est du reste pas différent de celui d'aujourd'hui, n'est plus soutenue par la doctrine actuelle (27). Celle-ci, cependant, adopte une position dont on sait que, dans l'esprit des auteurs, elle est conforme au droit positif, mais dont la présentation peut induire en erreur. C'est ainsi que les membres de la doctrine qui ont noté la revalorisation de la notion de service public comme critère de définition des notions fondamentales du droit administratif et partant comme critère de répartition des compétences, indiquent que la notion de service public sert à définir l'agent public (28). Cette affirmation n'est pas contestable tout autant que l'on précise, et ce n'est pas toujours le cas, que la notion de service public doit être entendue dans son sens organique. En ne le précisant pas, on peut donner à croire que la notion de service public joue indifféremment dans son acception organique ou dans sa signification fonctionnelle. Or l'on sait que si en certaines matières du droit administratif, le juge fait produire des effets identiques à la notion organique et à la notion fonctionnelle

(27) V. cependant, R. Savatier, à propos des centres de transfusion sanguine constitués conformément à la loi de 1901 : « Les œuvres elles-mêmes, et leur personnel... prennent la qualité d'agent public, fussent-ils encadrés dans des associations de la loi de 1901 ». Note sous C.A. Paris, 12 mai 1959 et 26 janv. 1960, D. 1960, p. 306 (B, a).

(28) A. de Laubadère, Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français, A.J.D.A. 1961-591.

J. Petot, Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif, R.D.P. 1965, p. 377.

(par exemple en matière d'actes unilatéraux), en d'autres, la notion organique seule est retenue et c'est le cas des contrats, ceux étudiés plus haut au titre des actes juridiques, et des contrats de louage de services dont il est maintenant question. C'est pourquoi il faut toujours préciser quand on parle de service public à quel point de vue on se place.

C'est faute de faire cette distinction qu'on a pu parler de la « contingence » ou de la « relativité » de la notion de mission de service public, et s'étonner, par exemple, de ce que le Conseil d'Etat reconnaisse la qualité d'agent public à un « concierge d'un groupe d'immeubles d'un office public d'H.L.M. parce qu'il participait au fonctionnement d'un service public », mais en revanche la dénie à un garde-chasse, « alors qu'il semblait participer, dans les mêmes conditions, à une mission de service public » (29).

La divergence apparente de ces solutions s'explique simplement par le fait que dans un cas la mission de service public est réalisée par une personne publique alors que dans l'autre elle a pour auteur une personne de droit privé.

L'analyse organique explique de la même manière qu'à la différence du garde-chasse, le garde-pêche soit considéré comme un agent public en tant qu'il est lié par un lien de droit public à une personne administrative (30) ; que les maîtres qui exercent une activité d'enseignement dans les établissements privés soient les uns des agents publics, les autres des salariés de droit privé selon qu'ils sont liés directement à l'Etat ou n'ont de lien direct qu'avec l'établissement qui utilise leurs services (31), alors qu'ils participent dans les deux cas à une mission de service public.

Le caractère inopérant de la participation directe à l'exécution du service public lorsque celui-ci est géré par une personne privée est lui-même absolu, et porte non seulement sur les services de nature industrielle et commerciale, mais aussi sur les services publics administratifs.

Que la participation directe à l'exécution du service public n'entraîne pas la qualité d'agent public des salariés d'une personne privée gérant un service public industriel et commercial n'est pas pour surprendre dans la mesure où il en serait de même si le service était géré par une personne publique.

Pour ce qui est des services publics administratifs, certains arrêts pourraient donner à penser qu'il en va différemment. De nombreuses décisions du Conseil d'Etat relatives à des institutions privées fondent en effet la nature privé des agents de celles-ci sur le fait qu'elles gèrent un service public de nature industrielle et commer-

(29) Cl. Leclercq, La mission de service public, D. 1966, Chr. III, p. 12 ; arrêts du C.E. du 20 mars 1959, Lauthier, Rec. 198 et du 4 avril 1962, Chevassier, Rec. 244.

(30) Comp. Chevassier et C.E., 8 mars 1967, Leux, Rec. 107.

(31) Lassalle, article précité note (6) · Mazères, article cité supra, p. 25, note (34).

ciale (32) et peuvent donner à penser *a contrario* que si le service avait été administratif, il n'en serait pas allé de même. Une telle présentation, acceptée par la doctrine, est inexacte. Le service eût-il été de nature administrative, cela n'aurait rien changé. La raison profonde qui explique la soumission au droit privé des agents d'une personne privée gérant un service public industriel et commercial ne découle pas de l'existence d'un service public industriel et commercial, mais de la nature privée de la personne qui le gère. Cette explication est dans le prolongement de l'idée émise dans la première partie selon laquelle la théorie du service public industriel et commercial n'a en matière de répartition de compétences d'intérêt véritable que pour les personnes publiques (33). Elle est également vérifiée, ainsi qu'on le verra plus loin, par le fait que même les agents de direction du service sont régis par le droit privé alors que si la théorie du service public industriel et commercial s'appliquait aux personnes privées, le personnel de direction devrait avoir la qualité d'agent public, et par le fait que le juge administratif refuse de reconnaître la qualité d'agent public à des agents participant directement à l'exécution d'un service public administratif (34).

La participation à l'exécution d'un service public même administratif est ainsi insuffisante à conférer la qualité d'agent public si la personne qui gère le service est une personne morale de droit privé. L'affirmation des auteurs selon laquelle la notion de service public joue en matière de qualification des agents publics doit être complétée, pour éviter toute source d'erreur, par l'indication que le service public n'est visé que dans sa définition organique.

La participation directe à l'exécution d'un service public ne peut pas ne pas entraîner la soumission, au moins partielle, à un régime exorbitant du droit commun. On pouvait penser qu'à défaut de retenir le critère extensif du service public, le juge retiendrait un critère plus étroit résultant de la prise en considération du caractère exorbitant des conditions de la participation. Il n'en est rien. Même si celles-ci ont un caractère exorbitant très poussé, même si le contrat liant l'agent à la personne privée présente des clauses exorbitantes du droit commun, la qualité d'agent public est refusée.

(32) C.E., 26 oct. 1951, Ortolan, Rec. 505 ; 6 nov. 1953, Diennet, Rec. 477.
(33) Cf. supra, p. 125.
(34) Cf. Chevassier, note (22).

§ 2 — INCOMPATIBILITE SUBSISTANT MALGRE LA PRESENCE D'UNE PARTICIPATION OU DE CLAUSES EXORBITANTES DU DROIT COMMUN.

Ne suffisent pas à entraîner la qualité d'agent public en l'absence de l'élément organique :

— la soumission à un statut réglementaire (35),

— la rémunération des agents sur fonds publics ou grâce à des subventions versées par la puissance publique (36),

— l'agrément de l'agent ou son commissionnement par l'autorité publique (37),

— la participation forcée au service public à la suite d'une réquisition (38),

— une clause d'« assimilation » des agents d'une personne privée au personnel d'une collectivité publique locale (39),

— la soumission de ces agents au pouvoir disciplinaire de l'administration (40).

Le caractère absolu de l'incompatibilité se vérifie enfin par l'absence de dérogation au critère organique résultant de la prise en considération de la nature des fonctions assumées.

§ 3 — INDIFFERENCE QUANT A LA NATURE DES FONCTIONS ASSUMEES.

A la règle de l'incompatibilité de la notion d'agent d'une personne morale de droit privé et de la notion d'agent public, la doctrine soutient qu'il y a une exception résultant de la prise en considération de la nature des fonctions assumées : les titulaires d'une fonction de direction ne seraient pas des salariés du droit

---

(35) T.C., 15 janv. 1968, Barbier, Rec. 789.

(36) C.E., 13 juillet 1965, Alonzo, Rec. tables, p. 959, R.D.P. 1966.366.

(37) Cf. les arrêts précités note (22), relatifs à des agents agréés par l'autorité administrative.

(38) C.E., 19 janv. 1951, Joffre, Rec. 30.
T.C., 28 mai 1962, du Chaylard, Rec. 819.

(39) C.E., 6 déc. 1944, Koscher, Rec. 315. N'a pas pour effet de conférer aux agents de la Société des Transports en Commun de la région parisienne la qualité de fonctionnaires municipaux, la clause de la convention d'affermage stipulant que le personnel ayant un rang inférieur à celui de sous-chef de service sera désormais assimilé au personnel municipal et jouira, à condition égale de recrutement, de responsabilité ou d'attribution, du même statut que ce dernier et dans les mêmes conditions qu'à la préfecture de la Seine.

(40) C.E., 3 juillet 1968, Dlle Dupont, Rec. 415. « Que les stipulations de la convention en vertu desquelles les assistantes sociales... étaient soumises au contrôle de l'établissement public et pouvaient notamment, sur proposition de l'Association, faire l'objet des sanctions disciplinaires applicables aux assistantes sociales « formées et payées par l'Administration générale de l'Assistance publique à Paris directement » n'ont pas eu, à elles seules pour effet de conférer aux intéressées la qualité d'agent public ».

privé mais des agents publics. Cette doctrine trouve peu d'assise dans les décisions jurisprudentielles dont il semble bien plutôt résulter qu'aucune distinction ne doit être faite selon la nature des fonctions exercées.

La position des auteurs revêt différentes nuances. Sauf exceptions très limitées, ils ne font appel à la théorie des fonctions de direction qu'en ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux, mais alors que certains l'admettent à propos de l'ensemble de ceux-ci, d'autres en limitent l'application aux seules entreprises publiques. Dans la conception extensive, l'attribution de la qualité d'agent public au personnel de direction des personnes privées gérant un service public industriel et commercial est le plus souvent implicite. Les auteurs énoncent la règle selon laquelle le personnel de direction est agent public sans distinguer selon la nature de la personne qui gère le service. Certains appliquent expressément la théorie des fonctions de direction aux personnes privées et notamment aux concessionnaires de service public (41).
A cette conception large s'oppose une conception restrictive qui limite l'application de la théorie aux seules entreprises publiques, la notion de fonction de direction étant entendue comme visant soit le seul titulaire du plus haut emploi, soit celui-ci et en outre, bien que cela soit admis avec moins de certitude, les administrateurs, à qui la qualité d'agent public est attribuée parfois en application de la théorie précédente, parfois en recourant au critère formel de nomination (42).

M. Heumann est l'un des rares auteurs sinon le seul à transposer la théorie des fonctions de direction, des services publics industriels et commerciaux où elle est née, aux services publics administratifs. Dans ses conclusions sur l'affaire Navizet, il soutient que « si l'I.N.A.O. est une personne morale de droit privé, le juge administratif devra décliner sa compétence à l'égard d'un agent qui n'est pas au sens de la jurisprudence Jalenques de Labeau, un agent de direction » (43). Cette opinion paraît logique, bien que M. Heumann ne la justifie pas. On voit mal en effet pourquoi la théorie des fonctions de direction s'appliquerait aux services publics industriels et commerciaux gérés par des personnes privées et non aux services publics administratifs alors que ce sont ces derniers qui requièrent plus particulièrement l'application d'un droit dérogatoire au droit commun.

Pour que la théorie des fonctions de direction soit transposable aux services publics administratifs, encore faut-il que le juge l'applique aux services publics industriels et commerciaux. Or, rien n'est moins sûr.

---

(41) G. Liet-Veaux et Cl. Durand-Prinborgne, La notion d'agent public, Juriscl. adm., fasc. 180, n° 50 (1967).
(42) De Laubadère, Traité, tome 3, n° 994, p. 604 ; Mathiot, cours cité, p. 1105 ; A.G. Delion, Le statut des entreprises publiques, Berger-Levrault, 1963, p. 157-158.
(43) V. note (21).

Pour les services publics industriels et commerciaux, la doctrine invoque toute une série d'arrêts dont il n'est pas douteux qu'ils font application de la théorie des fonctions de direction, plus précisément, en droit positif, de la notion de plus haut emploi. Il est aisé de constater que tous ces arrêts sont relatifs à des services publics industriels et commerciaux gérés par des personnes publiques et non par des personnes morales de droit privé. Quant au critère formel de la nomination, il est manifestement contraire au droit positif y compris pour les agents des personnes publiques. Si ce critère était utilisé le sieur Jalenques de Labeau eût été considéré comme un agent public. A la vérité, la doctrine dispose de deux arrêts relatifs à des agents de direction d'une entreprise publique ayant une forme de droit privé. Ni l'un ni l'autre ne qualifient expressément de public l'agent intéressé. Ils admettent simplement la compétence du Conseil d'Etat pour connaître du recours dirigé l'un contre un décret révoquant de ses fonctions un administrateur de la S.N.C.F. représentant le personnel (44), l'autre contre un arrêté mettant fin aux fonctions d'un président directeur général d'une société d'assurances nationalisées (45). Tout le problème est de savoir s'il est possible de déduire la qualité d'agent public du fait que le contentieux disciplinaire de ces agents est soumis à la juridiction administrative. La réponse doit être négative. Les arrêts Jarrigion et Finelle ne permettent d'affirmer qu'une chose, c'est que les actes attaqués sont des actes administratifs. L'existence d'un contentieux administratif ne préjuge pas nécessairement de la qualité des agents concernés. Rappelons que le Conseil d'Etat ne fait nullement appel à la théorie des fonctions de direction dans ces arrêts.

Deux autres motifs permettent de soutenir le caractère privé des agents de direction d'une personne privée gérant un service public industriel et commercial même si le contentieux de la nomination ou de la révocation est administratif.

La soumission des sieurs Jarrigion et Finelle au pouvoir disciplinaire de l'autorité administrative ne signifie pas nécessairement qu'ils sont des agents publics. L'autorité publique détient fréquemment un tel pouvoir à l'encontre d'agents qui n'en demeurent pas moins agents privés. Le Conseil d'Etat indique dans l'arrêt Dupont précité que le fait que des assistantes sociales puissent faire l'objet de sanctions disciplinaires n'a pas pour effet de conférer aux intéressées la qualité d'agent public. De plus il existe un contentieux administratif de mesures disciplinaires prises à l'encontre d'agents dont la qualité privée ne fait pas de doute (46). Il est possible d'expliquer la situation juridique du personnel de direction en considérant simplement que la décision administrative de nomi-

(44) C.E., 18 avr. 1947, Jarrigion, Rec. 148.
(45) C.E., 17 oct. 1952, Finelle, Rec. 442.
(46) Cf. infra, p. 226.

nation ou de révocation est un acte administratif détachable des rapports de droit privé liant le personnel de direction à la personne privée.

On pourrait songer à une autre explication de la situation juridique du personnel nommé ou agréé par l'autorité publique. L'agent est un agent public dans ses relations avec la puissance publique, un agent privé dans ses rapports avec la personne privée. Une telle construction aurait une valeur si la puissance publique ne disposait d'un pouvoir disciplinaire qu'à l'encontre du personnel nommé ou agréé par elle. La double nature des agents se trouvant dans cette situation aurait une valeur explicative de la qualité d'agent public de l'intéressé dans ses relations avec l'autorité publique. En fait, comme on le verra, celle-ci dispose de tels pouvoirs à l'égard de nombreux agents des personnes privées, alors même qu'ils n'ont aucun lien direct avec elle. Dans ces conditions, cette explication ne peut être retenue. Il ne suffit pas d'avoir montré que la jurisprudence susvisée peut être interprétée autrement que le fait la doctrine. La conviction de la qualité privée des agents de direction serait renforcée si l'on pouvait montrer que le juge refuse de faire toute distinction au sein des services publics industriels et commerciaux entre le personnel subalterne et le personnel de direction. Si aucun arrêt ne reconnaît expressément la qualité d'agent public à un agent de direction des services publics industriels et commerciaux, y compris des entreprises publiques gérées sous la forme d'une personne morale de droit privé, un arrêt au moins refuse de faire toute distinction au sein du personnel selon la nature des fonctions assumées. Dans l'arrêt Boishardy, le Conseil d'Etat décide que la réquisition d'un établissement par la puissance publique et son exploitation directe par celle-ci dans les conditions du droit privé s'opèrent « sans que le statut du personnel ait été aucunement modifié même à l'égard du personnel de direction » (47). On peut se demander si l'application par la doctrine de la théorie des fonctions de direction aux personnes privées ne résulte pas de ce qu'elle admet dans la ligne de certains arrêts critiqués plus haut, que la soumission au droit privé du personnel des services publics industriels et commerciaux gérés par des personnes privées s'explique par la notion de service public industriel et commercial (48), alors qu'en réalité la véritable raison réside non dans la nature du service géré, mais dans la nature de la personne gérant le service, ainsi que le confirme *a contrario* la qualité d'agent privé

(47) C.E., 28 nov. 1947, Boishardy, Rec. 446. V. cependant, en sens contraire, un récent arrêt du Tribunal des Conflits qui paraît faire application de la distinction personnel de direction — personnel d'exécution, encore qu'en l'espèce, l'intéressé fasse partie du personnel d'exécution. T.C., 12 janv. 1970, Estève c. S.N.C.F., Req. n° 1933 (L'intégration d'un agent des chemins de fer tunisiens à la S.N.C.F. crée, compte tenu de la nature de l'emploi occupé par l'intéressé, un lien de droit privé entre ce dernier et la Société nationale).

(48) V. supra, p. 125.

des agents des services publics administratifs gérés par des personnes privées.

Ce qui a été dit au sujet de ces derniers vaut non seulement pour le personnel d'exécution, mais aussi pour le personnel de direction. Tous doivent être considérés comme des agents de droit privé.

S'il n'existe aucune décision de jurisprudence reconnaissant la qualité d'agent public à l'agent de direction d'une personne privée gérant un service public administratif, la rédaction de certains arrêts pourrait inciter à penser le contraire. Ainsi, dans l'arrêt Boulic, relatif à un groupement d'achat et de répartition constitué sous la forme de société anonyme et dont la mission d'interventionnisme économique est de nature administrative, le Conseil d'Etat paraît appliquer la distinction entre personnel d'exécution et personnel de direction. Il dénie au requérant la qualité d'agent public parce que « les employés de la catégorie à laquelle il appartenait étaient placés sous la dépendance du personnel de direction du groupement, dont ils n'étaient que les agents d'exécution » (49). Mais en sens contraire on dispose, comme dans le cas des services publics industriels et commerciaux, d'un arrêt tout à fait clair refusant de faire toute distinction entre les deux catégories de personnel. Dans l'arrêt Caisse primaire de sécurité sociale du Maine-et-Loire, le Conseil d'Etat affirme que les caisses ayant le caractère d'organismes privés, les rapports desdites caisses avec leurs employés sont des rapports de droit commun quel que soit le grade desdits employés (50).

En conclusion, si deux arrêts font allusion à la nature des fonctions pour en déduire la qualité d'agent privé des intéressés aucun arrêt jusqu'à ce jour n'attribue la qualité d'agent public en se fondant sur la théorie des fonctions de direction. De plus, deux arrêts relatifs à des agents faisant partie du personnel de direction décident que de tels agents sont des agents de droit privé quel que soit leur grade et sans qu'il faille prendre en considération leur qualité de personnel de direction. Dans ces conditions, et sans minimiser nullement les décisions n'allant pas dans le sens de l'opinion soutenue, tous les agents d'une personne privée paraissent avoir la qualité d'agent privé quelle que soit la nature du service public géré et la nature des fonctions assumées.

Deux remarques complémentaires doivent être faites : la première vise à constater que si le débat sur la qualité d'agent public du personnel de direction (des entreprises publiques notamment) présente un intérêt théorique, en pratique le problème est résolu par le fait que les titulaires de ces fonctions ont souvent

(49) C.E., 31 juillet 1948, Boulic, Rec. 376.
(50) C.E., 3 mai 1955, Caisse primaire de Sécurité Sociale du Maine et Loire, Rec. tables, p. 810 ; A.J.D.A. 1955.2.357.

la qualité de fonctionnaire à titre personnel et avant leur entrée au service de la personne privée.

Le deuxième, d'un point de vue général, permet d'affirmer que reconnaître la qualité d'agent privé à l'ensemble du personnel des personnes privées intervenant dans l'action administrative n'est pas condamnable du point de vue des principes dans la mesure où cela n'empêche nullement la soumission de ce personnel aux règles de droit public nécessaire à l'accomplissement de la mission d'intérêt général qui leur a été confiée sous la haute direction des gouvernants.

CHAPITRE II

COMPATIBILITE DE LA QUALITE D'AGENT PRIVE ET D'UNE SOUMISSION PARTIELLE A UN REGIME DE DROIT PUBLIC

(Fond du droit)

La qualité d'agent privé des salariés des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative en même temps qu'elle exclut la compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges entre employeurs et employés devrait normalement entraîner l'application du droit privé.

Selon les textes fixant le régime juridique desdits salariés ceux-ci paraissent être liés aux personnes privées employeurs par un contrat de louage de services entièrement régi par le droit privé : « les conditions de travail du personnel sont fixées par voie de conventions collectives » (51), le régime du personnel est « celui du louage de travail dans les conditions du droit privé » (52), ou celui « résultant des lois, règlements et conventions applicables au personnel des industries correspondantes » (53), ou encore celui « résultant des lois, règlements et conventions applicables au personnel des branches d'activités intéressées » (54).

Même dans ces hypothèses, la soumission intégrale au droit commun n'est qu'apparente et doit être entendue sous réserve des dérogations prévues par la loi, l'acte d'habilitation, ou la jurisprudence, dérogations fondées sur le fait même de la participation de ces personnels à l'exercice de la fonction administrative.

---

(51) Art. 62 de l'ordonnance n° 67.706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la Sécurité Sociale.

(52) Art. 15 al. 2 des statuts de l'Association du sport scolaire et universitaire (A.S.S.U.).

(53) Art. 7 de la loi du 22 juillet 1948 fixant le statut juridique des Centres techniques industriels.

(54) Art. 5 du d. n° 53-933 du 30 septembre 1953 relatif au statut, à l'organisation et au fonctionnement des organismes d'intervention économique de caractère privé.

Si la qualification juridique des agents n'est pas affectée par le phénomène d'intervention, celui-ci n'est pas sans réagir sur le régime juridique applicable. En matière de contrats de louage de services, il entraîne une « distorsion » entre la compétence et le fond du droit, analogue à celle déjà notée pour les contrats en général.

Conformément à la ligne de conduite retenue, les développements qui suivent n'ont pas pour objet de présenter une étude globale du régime juridique des personnels, mais visent à appréhender au sein d'un régime juridique qui reste globalement un régime de droit privé, les aspects relevant du droit public.

La dose de droit public peut être limitée ou aller jusqu'à une assimilation avec le régime de l'agent public, sans que dans ce dernier cas, la qualité d'agent privé en soit affectée (55). C'est pourquoi, si l'on a rejeté l'opinion de Duguit et de Jèze selon laquelle les agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative sont des fonctionnaires ou des agents publics, l'on ne peut pas ne pas adhérer à la formule appliquée par Appleton aux concessionnaires de service public et qu'il est possible de transposer à l'ensemble des agents des personnes privées, selon laquelle les concessionnaires sont des quasi-agents » (56). L'expression « quasi-agent » a le mérite de ne pas méconnaître la qualité d'agent privé de ceux-ci, tout en indiquant que par certains traits de leur régime juridique ils sont dans la même situation que des agents publics.

Dans ce régime mixte, les règles de droit administratif consistent — par comparaison avec la situation de droit commun — plus en sujétions qu'en avantages. Plutôt que de présenter les dérogations « en plus » et les dérogations « en moins », il paraît préférable d'isoler au sein de celles-ci celle qui est la plus exorbitante du droit commun, consistant en la dépendance à l'égard des autorités publiques. Cette dépendance ne constitue que l'aspect le plus important de la subordination partielle à un régime de droit public dont il convient de préciser les autres éléments.

Section I : *Dépendance à l'égard des autorités publiques.*

Section II : *Soumission à certaines règles de droit public.*

(55) Cf. supra, note (39).

(56) Appleton, Traité élémentaire de contentieux administratif, 1927, p. 119, cité par Péquignot, thèse, p. 554.

Section I

DEPENDANCE A L'EGARD DES AUTORITES PUBLIQUES

Le contrôle des autorités administratives sur les personnes morales de droit privé exerçant l'action administrative ne porte pas seulement sur leurs actes, unilatéraux ou contractuels, mais également sur leurs organes et agents.

L'étude du contrôle sur les actes, notamment unilatéraux, a permis de constater que les autorités de contrôle détiennent parfois, en plus des pouvoirs dont dispose traditionnellement l'autorité de tutelle, des compétences considérées comme ne pouvant appartenir qu'au supérieur hiérarchique (57). Elle n'a pas donné la possibilité de répondre d'une manière précise et définitive à la question posée dès l'introduction de savoir si l'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative relève nécessairement et toujours de l'idée de décentralisation, ou si elle n'est pas plutôt parfois la mise en œuvre de l'idée de déconcentration.

Il n'est pas étonnant que l'analyse des pouvoirs des autorités administratives sur les organes et agents des personnes privées fournisse une réponse qui n'a pu être apportée jusque là, puisqu'aussi bien c'est en matière de contrôle sur les agents que tutelle et hiérarchie peuvent être le mieux distinguées. Le signe le moins incertain pour les opposer l'une à l'autre a trait à l'absence dans le cadre de la tutelle et à l'existence dans le cadre de la hiérarchie d'un pouvoir d'instruction sur les agents.

Un tel pouvoir étant souvent accordé aux autorités contrôlant l'activité des personnes morales de droit privé assurant l'action administrative, force est de constater que l'intervention de celles-ci ne relève pas toujours de l'idée de décentralisation. Si la subordination par la voie de la tutelle reste l'hypothèse la plus fréquente, il est possible aussi que le contrôle soit d'allure hiérarchique (58).

§ 1 — DEPENDANCE PAR LA VOIE DU CONTROLE DE TUTELLE.

Le contrôle de la puissance publique résulte essentiellement de la mise en œuvre des pouvoirs qu'elle détient en matière d'investiture et en matière disciplinaire.

---

(57) V. supra, p. 182 s.

(58) C'est parfois une seule et même institution qui, selon les activités assumées, ou selon les circonstances (temps de paix, temps de guerre) est soumise à la foi à un contrôle de tutelle et à un contrôle hiérarchique. Pour cette dernière hypothèse, cf. supra, note (137), p. 183 et infra, note (95).

De telles compétences appartiennent, il est vrai, aussi bien à l'autorité de tutelle qu'à l'autorité hiérarchique. Mais par leur « allure générale » comme par leur contenu, elles relèvent de la notion de tutelle et non de la notion de hiérarchie. Elles sont en effet limitée. En matière de nomination, l'autorité de contrôle n'a le plus souvent qu'une faculté d'empêcher, et lorsqu'elle a la compétence de désinvestir, elle n'a pas le choix du remplaçant.

A) En matière de désignation des agents.

Les personnes privées intervenant dans l'action administrative ne sont pas entièrement libres quant au recrutement de leurs organes ou agents. Leur autonomie s'apprécie en ce domaine à la fois d'un point de vue qualitatif en fonction de la nature de la compétence qu'exerce l'autorité de tutelle et d'un point de vue quantitatif en fonction du nombre des agents dont la désignation n'appartient pas en propre à la personne privée.

Qualitativement l'autonomie de la personne privée est plus ou moins limitée selon le degré d'intervention de la puissance publique. La distinction entre la faculté d'empêcher et la faculté de statuter utilisée à propos de la tutelle sur les actes peut être retenue pour la tutelle sur les personnes.

Lorsque l'autorité de tutelle est investie d'une simple faculté d'empêcher — ce qui est l'hypothèse la plus fréquente et correspondant le mieux à l'idée de tutelle et partant de décentralisation — la personne privée procède elle-même à la « nomination » de ses agents (59), mais celle-ci pour être juridiquement parfaite est subordonnée soit à une manifestation de volonté positive de l'autorité administrative, nommé agrément, approbation (60), soit, plus rarement, à une « absence d'opposition » de celle-ci (61).

Dans le cas où elle dispose d'une faculté de statuer, celle-ci comporte deux modalités différentes selon que la nomination par

(59) Il faut réserver l'hypothèse dans laquelle la personne privée comprend parmi ses organes des fonctionnaires représentant l'autorité publique. Pour ces agents, il est évident que la puissance publique a un pouvoir de nomination, de désinvestiture et de choix du remplaçant.

(60) A titre d'exemple, V. infra, note (65), (66), (74). Adde :

— Agrément, par le ministre, des directeurs des Maisons de la culture, et, le cas échéant, du chef de service administratif (art. 17 et 19 des statuts-types).

— Approbation par le Gouvernement de la nomination des directeurs généraux et directeurs de certaines sociétés d'économie mixte (Cf. art. 23 du décret du 24 mars 1969 portant approbation des statuts-types, reprenant l'article 28 du décret du 1er juin 1960). Cette disposition est facultative, mais la lecture du Journal officiel révèle que la plupart d'entre elles modifient leurs statuts pour l'insérer.

— Approbation par le ministre, de la nomination du directeur de l'A.N. D.A. (art. 5 des statuts).

A propos de l'U.N.A.T., Arr. 30 déc. 1959, a. 4 ; des C.R.E.A.I, Arr. 22 janv. 1964, a. 13 et 14

(61) Cf art. 3 du décret n° 66-957 du 22 décembre 1966 (à propos du personnel des organismes privés habilités à exécuter les tâches confiées au Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles).

l'autorité administrative intervient librement, ou sur proposition (62) ou sur avis (63) de la personne privée.

Pour une institution donnée, l'autorité administrative peut, soit ne détenir ni la faculté d'empêcher, ni celle de statuer, soit être investie des deux compétences à la fois. Il n'est pas rare qu'une partie des agents soit directement et librement nommée par la puissance publique, une autre recrutée de la même manière mais sur proposition ou après avis de la personne privée intéressée, une autre directement nommée par celle-ci sous réserve d'un agrément par l'autorité administrative compétente, et une dernière enfin librement embauchée par la personne privée.

Pour apprécier l'autonomie réelle de la personne privée ou la portée concrète de l'intervention de la puissance publique, ces indications qualitatives doivent être complétées par des précisions quantitatives. L'autonomie est d'autant plus réduite que cette intervention s'étend à des agents plus nombreux.

L'idée générale est que l'action du pouvoir central, et d'une manière plus générale de l'autorité de tutelle, porte uniquement — lorsqu'elle existe — sur le personnel de direction plus ou moins largement entendu.

Dans les entreprises publiques ayant une forme de droit privé, la tutelle porte, selon l'une des trois modalités indiquées, sur les membres du conseil d'administration, le directeur général, et les directeurs, le cas échéant (64). Dans les sociétés professionnelles ou interprofessionnelles d'intervention sur les marchés, pourtant personnes privées « authentiques », le contrôle porte également — sous forme d'agrément ou d'approbation — sur le président du conseil d'administration, les administrateurs, le directeur général et l'agent comptable (65). Le contrôle maximum paraît être celui exercé sur les agents de l'Association pour la formation professionnelle des adultes. Pour plus de cent d'entre eux, il est prévu un agrément par le ministre du travail (66).

---

(62) Notamment pour les administrateurs représentant les actionnaires autres que l'Etat ou représentant le personnel des entreprises publiques ayant une forme de droit privé. Adde, à titre d'exemple, a. 5 des statuts de l'Afnor et d. du 29 sept. 1967 ; art. 4 de la loi du 22 juillet 1948 (Centres techniques industriels.)

(63) Formule rare en matière de désignation d'agents.

V. art. L. 23 du Code de la Sécurité Sociale (abrogé par ord. n° 67.706 du 21 août 1967, art. 82).

Le juge administratif considère que le remplacement du droit de proposition par un simple avis relève du pouvoir réglementaire, bien que cette transformation réduise l'autonomie des personnes privées.

Cf. T.A. Besançon, Caisse primaire de Sécurité Sociale du Jura, Rec. 778 ; confirmé par le Conseil d'Etat, cf. note (69).

(64) V. Mathiot, Cours cité, p. 1220-1225 (S.N.C.F.), p. 1283-1285 (Air-France).

(65) Art. 12 et 13 du décret cité note (54).

(66) Sont soumises à agrément, les nominations du directeur de l'Association, du directeur des services de formation, du directeur des travaux, du secrétaire général, des chefs de service, des professeurs techniques, des directeurs de Centres F.P.A., des directeurs de Centres psychotechniques, des ingénieurs et techniciens du service des travaux (art. 17 des statuts).

L'exercice de la faculté d'empêcher ou de statuer est soumis au principe de légalité, conformément au droit administratif général. La nomination directe par l'autorité administrative ne pose aucun problème particulier, si ce n'est qu'elle doit satisfaire aux conditions de validité de tout acte administratif. De même, l'application des règles générales dégagées par le juge administratif en matière d'actes administratifs devant être pris après consultation préalable permet de résoudre les problèmes nés de l'exercice de la faculté de statuer après avis ou sur proposition d'organismes privés. Le Conseil d'Etat annule la nomination par l'autorité de contrôle de personnes autres que celles qui lui ont été proposées (67) ou les nominations intervenues sans consultation alors qu'elle était obligatoire. Dans la première hypothèse, le Conseil d'Etat indique que l'autorité administrative n'est pas tenue de nommer les premières personnes qui lui sont proposées, mais peut user du droit de demander une nouvelle proposition (68). Dans la deuxième hypothèse, si la personne privée refuse ou ajourne son avis, il considère, en application de la théorie des formalités impossibles, que l'absence de consultation préalable ne vicie pas l'acte de nomination (69).

L'exercice de la faculté d'empêcher (actes d'agrément ou refus d'agrément) est également contrôlé par le juge administratif (70), mais il s'agit d'un contrôle minimum étant donné que les agréments ou les refus d'agrément sont généralement des actes pris dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge considère que la conclusion d'un contrat entre la personne privée et un agent ne fait naître aucun droit acquis à l'agrément, qui peut donc être refusé. Dans cette hypothèse, il contrôle cependant que le motif du refus n'est pas tiré des opinions politiques de l'intéressé (71).

Plus encore que l'accord ou le refus d'agrément, le retrait d'agrément prête à contestations (72), lesquelles font également l'objet d'un contentieux administratif bien qu'il s'agisse d'agents privés.

---

(67) V. C.E., 9 avril 1948, Faillet, Rec. 157.
Dans le passé, le Conseil d'Etat n'a pas toujours distingué la nomination sur proposition et la nomination sur avis. Dans l'arrêt Beauperthuy (3 déc. 1897, Rec. 739), il estime que la disposition selon laquelle une autorité administrative nomme « sur proposition » n'empêche pas celle-ci de nommer un candidat autre que celui qui est proposé.
(68) C.E., 17 juillet 1953, Doumeng, Rec. 383.
(69) C.E., 30 mars 1966, Caisse primaire de Sécurité Sociale du Jura, Rec. 246.
(70) C.E., 30 nov. 1962, Pause, Rec. 652 ; 27 janv. 1969, Syndicat national des cadres et organismes sociaux, Rec. 39.
(71) C.E., 22 déc. 1954, Goutelle, Dr. Soc. 1955.650. Du même jour, décision semblable, Doury, Rec. 690.
(72) Il faut distinguer ce retrait de celui opéré non à l'égard d'un individu, mais de l'institution prise dans son ensemble, et qui équivaut soit à supprimer l'habilitation, soit à procéder à la dissolution indirecte de l'organisme.

B) Désinvestiture et pouvoir disciplinaire.

Bien que les retraits d'agrément ou révocations n'aient pas nécessairement un caractère disciplinaire, désinvestiture et pouvoir disciplinaire ont été réunis dans cette étude pour deux raisons : une raison pratique et une raison juridique. En pratique la désinvestiture a le plus souvent un caractère disciplinaire. A cette raison, qui à elle seule eût été insuffisante pour justifier le rapprochement ainsi opéré, s'ajoute, d'un point de vue juridique, le fait que l'autorité de tutelle ne dispose pas, non pour des raisons de principe, mais en raison du caractère encore rudimentaire du droit applicable, de toute la gamme différenciée de sanctions appartenant à l'autorité hiérarchique et qu'elle n'a d'autre solution que le choix entre la peine la plus sévère (désinvestiture) ou l'abstention (73).

Différents textes conférant à l'autorité administrative une compétence d'agrément précisent que celui-ci peut « être retiré à tout moment » (74). Le retrait discrétionnaire de l'agrément, qui entraîne pour la personne privée l'obligation de licencier l'agent avec qui elle a conclu un contrat de travail et pour celui-ci l'obligation de cesser ses fonctions, manifeste le choix d'une conception extensive dans laquelle une désinvestiture n'intervient pas nécessairement pour réprimer une faute mais peut être réalisée dans l'intérêt du service. Malgré l'importance des pouvoirs ainsi conférés à l'autorité de contrôle, qui s'apparentent à ceux dont dispose le gouvernement pour les emplois qui sont à sa discrétion, il reste possible — tout en notant les limites à l'autonomie de l'organisme contrôlé — de ne pas rejeter l'idée de décentralisation, dans la mesure où l'autorité investie d'une compétence de désinvestiture discrétionnaire n'a pas le choix du remplaçant et dans la mesure aussi où la désignation de celui-ci doit intervenir dans un délai limité (75).

---

(73) Les textes attribuent souvent à l'autorité administrative un pouvoir de suspension (qui n'est pas considéré comme une mesure disciplinaire). Le Conseil d'Etat (4 juin 1943, Pierre, Rec. 142) juge qu'« en l'absence de toute disposition contraire des statuts, le ministre... compétent pour prononcer la révocation du directeur [Conseil National d'expansion du tourisme, thermalisme et climatisme] dispose en conséquence du pouvoir de le suspendre provisoirement de ses fonctions ».

(74) 1° Art. 7 de la loi du 23 octobre 1941 sur l'organisation du ravitaillement dans le cadre national, régional et départemental et a. 4 du décret du 13 février 1942 portant R.A.P. de la loi.

2° Art. 12 du décret cité supra, note (54), sociétés professionnelles et interprofessionnelles d'intervention sur les marchés ;

3° Art. 15 des statuts de la Compagnie nationale d'aménagement de la région du Bas-Rhône et du Languedoc, annexés au décret du 27 juillet 1953, J.O., 10 août, p. 7698.

(75) Les textes cités note (74), 2°, 3° précisent que le Conseil d'administration est tenu de procéder à de nouvelles nominations dans les délais de 8 jours (art. 12) et un mois (art. 15), et sous la même condition d'approbation.

Selon d'autres textes, la désinvestiture doit sanctionner une faute (76).

Que se passe-t-il d'une part lorsqu'une compétence de désinvestiture est expressément prévue, mais sans qu'en soient précisés les motifs, lorsque d'autre part les textes sont muets au sujet de l'existence d'une faculté de désinvestiture.

Dans le premier cas, doit-on admettre que l'autorité de contrôle a le pouvoir de retirer l'agrément ou de révoquer uniquement pour sanctionner une faute disciplinaire ou aussi en l'absence de toute faute ? Par application du principe selon lequel en matière de tutelle les textes sont d'interprétation stricte, la réponse doit être que dans le silence des textes la désinvestiture ne peut être que disciplinaire.

De même, pour la seconde question on devrait admettre en application du principe selon lequel la tutelle ne se présume pas que, dans le silence des textes, l'autorité de tutelle ne dispose pas d'une compétence de désinvestiture. Une telle réponse serait inexacte. Conformément à une situation fréquente en droit administratif un principe protecteur des libertés doit souvent se concilier avec un principe antagoniste ou même s'effacer devant lui. Ainsi en matière de pouvoir disciplinaire sur les agents des personnes privées où le juge administratif admet l'existence d'un pouvoir disciplinaire même dans le silence des textes. Une telle solution résulte moins de l'arrêt Jarrigion (77) qui, étant fondé sur la notion de circonstances exceptionnelles, ne peut servir à justifier dans le silence des textes l'existence d'un pouvoir disciplinaire de caractère général, que de l'arrêt Blanchard et Pol (78).

Employés d'une caisse de sécurité sociale et administrateurs représentant le personnel, les requérants sont révoqués par arrêté du ministre du travail pour avoir incité le personnel de la caisse à participer à une grève interdite par le directeur. Le problème porte sur le point de savoir si est applicable à de tels faits l'article 26 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 sur la sécurité sociale permettant de

---

(76) Art. 26 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 sur la Sécurité Sociale, a. L 186 Code de la Sécurité Sociale : « En cas d'irrégularités graves, de mauvaise gestion ou de carence du Conseil d'administration d'une Caisse d'allocations familiales ou d'une Caisse primaire ou régionale de Sécurité Sociale, ce Conseil peut être suspendu ou dissous par un arrêté du ministre du Travail et de la Sécurité Sociale, qui nomme un administrateur provisoire.

Si les irrégularités ou la mauvaise gestion sont imputables à un ou plusieurs membres du Conseil d'aministration, ceux-ci peuvent être révoqués après avis dudit Conseil par arrêté du ministre du Travail et de la Sécurité Sociale.

(77) C.E., 18 avril 1947, Jarrigion, Rec. 148, S. 1948.3.33, note Rivero. (L'absence de disposition permettant au gouvernement de mettre fin en cours de mandat aux fonctions des représentants du personnel siégeant dans le Conseil d'administration de la S.N.C.F. n'est pas de nature à faire obstacle à la révocation de l'un d'eux qui, en provoquant une grève ayant entraîné l'interruption du service public des chemins de fer, adopte une attitude incompatible avec sa qualité d'administrateur).

(78) C.E., 8 oct. 1958, Blanchard et Pol, Rec. 483, Dr. Soc. 1959. 172, concl. Grévisse.

révoquer pour « irrégularités ou mauvaise gestion » le ou les membres coupables de tels agissements.

Contrairement à l'avis des requérants selon qui « irrégularités ou mauvaise gestion » doivent être appréciées dans le cadre des attributions du conseil d'administration, et qui soutiennent en conséquence l'inapplicabilité de ce texte aux faits de l'espèce, le ministre défend une conception extensive selon laquelle toute faute d'un administrateur constitue une irrégularité de nature à entraîner sa révocation. Bien que le commissaire du gouvernement ait montré que l'interprétation ministérielle conduit à lui reconnaître un pouvoir disciplinaire absolument général sur les administrateurs des caisses, contraire au principe selon lequel, comme tous les textes relatifs à la tutelle, les dispositions de l'article 26 sont de droit étroit, le Conseil d'Etat se range à l'avis du ministre.

En jugeant que le fait retenu à l'encontre des sieurs Pol et Blanchard est au nombre des actes visés par les dispositions de l'article 26, il fonde certes sa décision sur un texte, mais ce texte est interprété d'une manière si extensive, qu'on peut se demander si une telle interprétation ne traduit pas en réalité la volonté du Conseil d'Etat d'admettre l'existence d'un pouvoir disciplinaire de désinvestiture même en l'absence de texte. Cette analyse, portant moins sur la lettre que sur l'esprit de l'arrêt, trouve un appui dans l'opinion du président de la section du contentieux. Celui-ci, fondant sa position sur l'arrêt Jarrigion sans la moindre référence à la théorie des circonstances exceptionnelles et sur l'arrêt Blanchard et Pol considéré comme appliquant le principe selon lequel un pouvoir disciplinaire existe même sans textes, estime que « tous ceux qui participent à la gestion d'un service public sont soumis au pouvoir disciplinaire » de l'administration même sans texte (79).

Une telle solution est d'ailleurs conforme aux principes du droit public. Sans qu'il soit nécessaire de recourir à la théorie de l'institution, il est nécessaire que les individus « au service public » ne puissent impunément menacer la réalisation de l'œuvre d'intérêt général à laquelle les personnes publiques les ont associés. De même que les personnes publiques peuvent retirer l'habilitation accordée à une personne morale de droit privé, de même elles doivent pouvoir écarter du service le ou les agents qui menacent le bon accomplissement de celui-ci (80). Il est regrettable toutefois que l'autorité administrative n'ait généralement le choix qu'entre l'abstention et la peine la plus sévère (désinvestiture).

---

(79) Odent, C.A., p. 1337. Il est évident que la proposition de M. Odent vise aussi bien les services publics gérés par les personnes publiques que ceux qui sont gérés par des personnes privées.

(80) V. C.E., 27 nov. 1964, Caisse centrale de secours mutuels agricoles, Rec. 584 : « Considérant... que la nécessité d'assurer la continuité du service public... autorisait le pouvoir réglementaire à prévoir, en cas d'urgence, l'intervention de l'autorité de tutelle en vue d'écarter de leur emploi des agents dont le maintien en fonction ferait obstacle à la bonne marche du service » (dernier considérant).

Un indice du caractère général du pouvoir disciplinaire de désinvestiture résulte de ce que les textes eux-mêmes accordent à la puissance publique une telle compétence sur des agents qu'elle ne nomme pas et dont elle ne contrôle point la désignation. Ainsi la puissance publique, qui n'intervient pas dans la désignation des agents des concessionnaires de service public, détient, en vertu des stipulations des cahiers des charges, « le droit d'exiger la révocation des agents qui se seront rendus coupables de fautes graves dans l'exécution de leur service » (81), « le droit d'exiger le renvoi de tout ouvrier dont la conduite serait un obstacle au bon fonctionnement du service » (82). Directement ou par le truchement de la personne privée employeur, l'autorité administrative a un pouvoir de désinvestiture quasi général (83).

Ce pouvoir de désinvestiture disciplinaire est soumis à un contrôle du juge administratif plus poussé que celui effectué sur les désinvestitures non disciplinaires. En plus du contrôle de l'exactitude matérielle des faits et de leur qualification juridique (84), il veille, dans le cas d'une désinvestiture disciplinaire, au respect des droits de la défense (85).

Le contrôle sur les personnes constitue avec le contrôle sur les actes le moyen le plus efficace permettant à la puissance publique d'exercer sa « haute direction » sur l'activité des personnes privées exerçant l'action administrative. Ce contrôle de tutelle, si poussé

---

(81) Art. 23 du cahier des charges-type pour la concession du service extérieur des pompes funèbres approuvé par décret du 13 août 1947.

(82) Art. 10 du cahier des charges-type pour l'entreprise de l'enlèvement des ordures ménagères..., approuvé par décret du 9 mars 1946. Ce texte et celui cité dans la note précédente se trouvent dans F. Monsarrat, Concessions des communes et des syndicats des communes, Publications administratives, 1948, p. 321 et p. 335. Cf. le décret-loi du 27 mars 1852 : « L'administration aura le droit, la compagnie entendue, de requérir la révocation d'un agent de la compagnie ». V. G. Bourriquet, Le statut juridique du personnel des grands réseaux de chemins de fer, th. Paris, 1930, p. 15-16.

(83) V. cependant l'arrêt cité note (80) dont deux considérants sont relatifs au contrôle par le juge de la légalité des dispositions d'un décret déssaisissant les Conseils d'administration des caisses mutuelles agricoles de leur pouvoir disciplinaire sur les agents employés par celles-ci.

(84) C.E., 29 juillet 1949, Groupement d'achat de la boulangerie de l'Hérault, Rec. table, p. 653 ; 17 juin 1949, Drouard, Rec. 291 ; 8 janv. 1954, Ménard, R.D.P. 1954, note Waline.

T.A. de Paris, 22 avril 1958, Olivier, Rec. 715, et 20 févr. 1963, Dufour, Rec. 688 ; C.E., 30 mai 1962, Emo, inédit (Recours en annulation contre une décision par laquelle le ministre du Travail retire au requérant son agrément pour l'exercice des fonctions de directeur d'un Centre de formation professionnelle des adultes, cf. supra, note (66), et conclusions à des fins d'indemnité. Après avoir constaté l'exactitude matérielle des faits et reconnu qu'ils étaient de nature à justifier légalement un retrait d'agrément, le Conseil d'Etat refuse, bien que le retrait soit intervenu sans que l'intéressé ait pu présenter sa défense, d'admettre que la responsabilité de l'Etat est engagée, car il résulte de l'ensemble des pièces du dossier que la mesure prise eut été la même si la procédure avait été régulière). Cf. Odent, C.A., p. 925.

(85) C.E., 4 nov. 1946, Clary, Rec. 252 (A propos de la révocation d'un vice-président d'une caisse d'allocations familiales). Le principe des droits de la défense est parfois expressément consacré par des textes relatifs à des agents de personnes privées, V. le décret du 26 juin 1967.

soit-il, ne permet cependant pas à l'autorité administrative intervenant à ce titre de donner des ordres aux agents des personnes privées contrôlées.

Si le juge administratif a eu à différentes reprises l'occasion de préciser que telle autorité ne dispose à l'égard de telle institution que d'un pouvoir de tutelle et d'annuler en conséquence des mesures qui n'auraient pu être prises que par l'autorité hiérarchique (86), il serait inexact d'en inférer que toute institution soumise au contrôle de l'autorité administrative relève de celle-ci par la voie de la tutelle.

§ 2 — DEPENDANCE PAR LA VOIE DU CONTROLE HIERARCHIQUE.

Si l'existence d'un pouvoir de réformation sur les actes n'est pas considéré unanimement en doctrine comme l'indice d'une subordination hiérarchique, l'idée qu'un pouvoir d'instruction sur les agents est la pierre de touche de celui-ci reçoit une adhésion générale (87).

Pour la majorité de la doctrine, on l'a vu, le contrôle sur les personnes privées intervenant dans l'action administrative s'apparente au contrôle de tutelle sur les collectivités locales. Cette position, qui conduit implicitement à rejeter l'existence d'un pouvoir de réformation sur les actes, est *a fortiori* hostile à la reconnaissance à l'autorité administrative d'un pouvoir d'instruction sur les agents des personnes privées (88).

Ce point de vue n'est pas partagé par tous les auteurs. Certains ont montré l'appartenance à l'ordre intérieur de tous les collaborateurs des services publics même gérés par des personnes privées (89), ou ont noté que le « droit d'ordonner », le droit « de donner des directives, d'adresser des injonctions et des circulaires, comme il est d'usage dans la hiérarchie administrative », sont accordés à l'administration par des textes plaçant certaines personnes morales de droit privé du secteur semi-public « sous l'autorité » des gouvernants (90).

---

(86) C.E., 10 juillet 1957, Ministre du Travail c/ Caisse primaire de Sécurité Sociale de la Gironde, Rec. 468 ; T.A. Bordeaux, 4 déc. 1964, Caisse chirurgicale mutuelle de la Gironde, Rec. 776 ; C.E., 19 mars 1969, Caisse primaire de Sécurité Sociale de la Gironde, Rec. 158.

(87) On a distingué pouvoir sur les actes et pouvoir sur les agents bien que, en fait, le pouvoir d'instruction permette d'exercer indirectement un pouvoir sur les actes des subordonnés en « dictant » une mesure à prendre. Cf. le décret du 17 mai 1809, cité, p. 232, et les arrêts cités infra, notes (110) et (111).

(88) Cf. supra, p. 174 et 182.

(89) J. Rivero, Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des Services publics, th. Paris, 1934, n° 155 et 156, p. 262 s.

(90) B. Tricot, Essai sur les entreprises d'intérêt général, th. Lyon, 1943, p. 142-143.

Après l'illustration de la soumission au moins partielle des personnes privées à un pouvoir d'instruction, et l'étude du fondement de celui-ci, il convient d'en préciser et la portée et la sanction.

A) Etendue et fondement du pouvoir d'instruction.

Dès le début du dix-neuvième siècle, on trouve des traces de la soumission au moins partielle des personnes privées à un pouvoir d'instruction de l'administration. L'article 119 du décret du 17 mai 1809 sur les octrois habilite les préfets à donner des ordres aux régisseurs et fermiers des octrois (Ex. : ordre de destituer ceux des préposés qui auraient donné lieu à des plaintes fondées) (91).

Vers le milieu du dix-neuvième siècle, les cahiers des charges des concessions de chemins de fer renferment des dispositions précisant « que les concessionnaires se soumettront dans l'exécution du chemin de fer aux dispositions des circulaires de l'Administration des travaux publics » (92). Ces textes infirment l'opinion de M. Comte selon laquelle « l'action du pouvoir hiérarchique, qui s'exerce sous forme d'instructions et de circulaires... ne s'exerce pas sur le concessionnaire » (93). Cette opinion surprend d'autant plus que l'auteur note par ailleurs « le droit de l'Administration d'adresser au concessionnaire des injections, des ordres exécutoires, des interdictions... » (94), et qu'il ne réserve pas — pour les concessionnaires de chemins de fer — l'hypothèse du temps de guerre bien qu'il fasse allusion à la loi du 28 décembre 1888. En vertu de l'article 22 - 3° de cette loi en effet, « le ministre de la guerre dispose des chemins de fer dans toute l'étendue du territoire... : le commandant en chef de chaque groupe d'armées en dispose dans la partie du territoire assignée à ses opérations » (95). Le terme « dispose », utilisé à deux reprises, manifeste à ce point l'idée de hiérarchie qu'il a été utilisé dans la Constitution française du 4 octobre 1958 pour marquer la subordination de l'administration au pouvoir exécutif.

En revanche, ces textes confirment l'opinion de M. Rivero qui, parmi les personnes soumises à l'ordre intérieur, fait figurer les concessionnaires de service public et les entrepreneurs de travaux publics (96).

---

(91) B.L., 239, n° 4447.
(92) Ex. : d. 26 mars 1859, a. 36, B.L., p. 698.
(93) Comte, op. cit., p. 185.
(94) Id., p. 42.
(95) Comte, op. cit., p. 44.
Le rapporteur de la loi de 1888 déclare : Les chemins de fer « passent du jour au lendemain, sous l'autorité du ministère de la Guerre qui peut disposer, à son gré, du personnel... », J.O., 17 avr. 1888, Annexe 3317, cité par L. Mauduit, De la responsabilité des compagnies de chemins de fer en ce qui concerne les militaires transportés, th. Poitiers, 1924, p. 72.
(96) Rivero, thèse, p. 265.
V. C.E., 22 juill. 1910, Collin, Rec. 608 (Droit de l'autorité municipale de prescrire par des instructions de détail l'exécution du service).

Si les concessionnaires de service public sont des sujets de l'ordre intérieur — partiellement ou totalement selon les circonstances — alors qu'ils sont considérés comme étant parmi les personnes privées intervenant dans l'action administrative celles qui possèdent la plus grande autonomie, il est à penser qu'il en va de même pour les institutions plus dépendantes à l'égard de l'administration.
La catégorie la plus importante des personnes privées soumises au pouvoir d'instruction comprend les institutions dont il est précisé qu'elles agissent (ou agissaient) « sous l'autorité » de la puissance publique, telles les sociétés d'assistance aux blessés et malades des armées de terre et de mer, qui « pour l'accomplissement de cette mission sont placées sous l'autorité du commandement et des directeurs du service de santé » (97), le Secours National (98), les œuvres de guerre faisant appel à la générosité publique dont les statuts devaient comporter des clauses-types indiquant leur engagement de se conformer, selon le cas, soit « aux instructions du ministre militaire intéressé », soit « aux directives générales du ministre des anciens combattants ou pensionnés » (99).
Autre catégorie importante de personnes privées soumises au pouvoir d'instruction, les mandataires des personnes publiques, à l'égard desquelles le pouvoir d'instruction est de droit (100). C'est ainsi qu'aux termes de l'article 4 de la convention liant le Crédit National à l'Etat, le ministre des finances donne à cette société des « instructions détaillées et précises », et lui fait connaître les règles qu'elle doit suivre quant aux paiements aux sinistrés (101).
Selon le contrat de gérance, l'armateur-gérant s'engage à assurer l'exploitation du navire pour le compte de l'Etat et en exécution des ordres et instructions qui lui seront donnés par les représentants de celui-ci (102).
Notons enfin parmi les institutions soumises au pouvoir d'instruction, en vertu de textes législatifs, réglementaires ou conventionnels, les groupements d'importation et de répartition, les groupements

---

(97) L'interprétation de l'expression « sous l'autorité » comme étant l'indication d'une subordination hiérarchique est confirmée par des dispositions précisant que le personnel des sociétés de secours, soumis aux lois et réglements militaires, doit également se conformer aux instructions spéciales prises pour leur application. Cf. d. 19 oct. 1892, a. 1 et 15, repris dans le décret du 2 mai 1913, a. 1, 15 et 21.

(98) De Kervenoaël : « Le Secours National doit se conformer aux instructions reçues », op. cit., p. 152.

(99) D. 29 nov. 1939, a. 3 al. 2 et 3.
A. 8 janvier 1940, art. 3.

(100) Duguit, Traité, t. 3, p. 156.

(101) V. le texte in R. Bœuf, Le Crédit National, th. Paris, 1923.
Conformément à l'article 4 de cette convention, ces instructions ont été « portées à la connaissance des intéressés par la voie du Journal officiel ».
V. Trib. civ. Seine, 16 janv 1930, D.H. 1930.203 (Le tribunal dit que le Crédit National agit en ce cas « exclusivement comme préposé du ministre des Finances »).

(102) Rodière, Droit maritime, t. 1, n° 14, p. 22. Cf. Aix, 4 déc. 1945, Compagnie Générale Transatlantique contre Tournel, S. 1946.2.129, note Rivero.

nationaux d'achat, qui ne pouvaient agir « que sur ordre du ministre conformément aux instructions... données... » (103), des organismes comme l'A.T.I.C. (104), l'A.N.M.E.R. (105), l'A.M.P.R.A. (106), les sociétés d'intervention (107)

La simple indication des institutions destinataires en droit des mesures d'ordre intérieur révèle que l'étendue du phénomène est loin d'être négligeable. Est-ce à dire que ne sont soumises au pou-

---

(103) Art. 3 des statuts du groupement national d'achat du riz, cité in 4e rapport du Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, 1957, p. 368.

V. deux arrêtés du 17 février 1940, art. 5 — 1° relatifs à des groupements d'importation et de répartition (devant agir « suivant les directives » du ministre), J.O., 20 février 1940, p. 1270-1271.

V. C.E., 11 mars 1959, Changeux, Rec. 167 : « Le Ministre a pouvoir d'adresser à tout moment des instructions audit groupement » ; 23 mars 1956, Société Léon Claeys, Rec. 135 : « le groupement devra se conformer à tout moment... aux instructions du Gouvernement ».

(104) Art. 4, d. 24 janvier 1948 : « Le groupement... doit se conformer aux instructions des ministres... » (J.O., 25 janv., p. 791).

(105) « L'A.N.M.E.R.... utilisera les fonds publics mis à sa disposition... suivant les instructions qui lui seront données par le ministre de l'Agriculture ». « La répartition des subventions à accorder aux migrants sera effectuée suivant des modalités et des barèmes qui seront fixés par instruction du ministre de l'Agriculture » (Art. 3 et 5 de la convention passée entre le ministre de l'Agriculture et l'Association nationale de migrations rurales). Les différents avenants étendant l'objet de l'association précisaient chaque fois qu'elle doit appliquer... « les instructions qui lui seront données par le ministre de l'Agriculture dans le cadre de la réglementation en vigueur ».

(106) La convention entre le ministre de l'Agriculture et l'organisme spécialisé prévu à l'article 10 du décret n° 1044 du 17 octobre 1963 (A.M.P.R.A.) précise (article 3, al. 2) que « cette institution réalisera ou fera réaliser les opérations qui lui sont confiées et utilisera les fonds publics mis à sa disposition à cet effet suivant les directives qui lui seront données... Elle devra, le cas échéant, solliciter du ministre de l'Agriculture des instructions pour l'interprétation de ces directives ou sur l'attitude à adopter au regard de certaines situations lorsque les directives ne l'auront pas prévu. (Les instructions du ministre de l'Agriculture du Gouvernement sont transmises par le commissaire du Gouvernement, a. 13).

De même, les organismes privés, qui seront éventuellement chargés d'assumer les missions anciennement confiées à l'A.N.M.E.R. et à l'A.M.P.R.A., « devront s'engager notamment à se conformer pour l'exécution de ces actions aux instructions du Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (établissement public), lequel est lui-même tenu d'agir conformément aux instructions ministérielles (art. 3 et 10 du décret du 22 décembre 1966).

(107) Le décret n° 53.933 du 30 septembre 1953 prévoit (article 6, 1°) que « le commissaire du Gouvernement transmet les instructions du ou des ministres responsables... »

La convention du 18-5-1967 stipule que les stockages seront effectués sur demande d'Interlait agissant sur instructions du F.O.R.M.A. (art. 11).

La convention générale du 15 octobre 1963 entre le F.O.R.M.A. et la S.I.B.E.V. stipule que la Société s'engage à agir, dans les cas d'urgence ou lorsque la décision prise en application de l'article 10 du décret du 29 juillet 1961 le prévoit expressément, sur simple instruction du Directeur du F.O.R.M.A., commissaire du Gouvernement (art. 4, al. 2).

L'article 9 du décret n° 54-1136 du 13 novembre 1954 relatif à l'organisation du marché des corps gras fluides alimentaires précise que la Société interprofessionnelle créée à cet effet « a pour mission d'assurer sur instructions du Gouvernement, les interventions nécessaires à la régularisation du marché » (S.I.O.F.A.).

V. aussi le décret n° 67-190 du 13 mars 1967 à propos du rôle de la S.I.O.F.A. dans le cadre de l'organisation commune des marchés dans le secteurs des matières grasses (Marché commun).

voir d'instruction que les seules institutions pour lesquelles un texte l'a explicitement prévu ? La réponse peut ne pas être la même selon le point de vue auquel on se place.

En fait, il ne fait pas de doute qu'un pouvoir d'instruction est exercé à l'égard d'institutions qui n'y sont pas soumises en vertu d'un texte.

La pratique (108) ou le contentieux (109) révèlent que des personnes privées sont destinataires d'instructions ou de circulaires sans qu'un texte l'ait, semble-t-il, prévu. Le contentieux administratif — sous-estimé en tant que moyen de connaître la réalité administrative — permet de confirmer l'existence de faits qu'on ne peut classer, d'un strict point de vue juridique, dans la catégorie du pouvoir d'instruction, mais dont les effets peuvent être tout aussi efficaces qu'une injonction ou un ordre, telles une lettre adressée par un ministre à une association et se bornant à lui « suggérer » une mesure à prendre (110), ou les « pressions » faites par l'administration sur une personne privée (111) Dans le même ordre d'idées, on a noté que pour éviter des annulations par le juge, l'administration multiplie, pour un service public géré par une personne privée, les textes réglementaires qui, dans un service en régie, feraient seulement l'objet de circulaires (112).

L'étendue de la subordination hiérarchique est donc plus grande en fait qu'en droit. Est-ce à dire que dans les cas où elle n'est pas prévue par un texte, l'utilisation du pouvoir d'instruction soit contraire au droit ? Cela dépend du fondement que l'on assigne à l'appartenance à l'ordre intérieur.

On peut concevoir qu'un texte soit nécessaire pour assujétir une personne privée à l'ordre intérieur ou bien on peut admettre à la suite de M. Rivero que « sitôt que l'on est en présence d'un service public l'existence d'un ordre intérieur... se fait jour » (113), l'expression service public englobant dans l'esprit de l'auteur les services concédés, et donc d'une manière plus générale le service public au sens fonctionnel.

Si l'on adopte cette solution, il est manifeste que toutes les personnes privées même celles dont on a vu qu'elles ne sont en principe assujéties qu'à un contrôle de tutelle — comme les concessionnaires — appartiennent, pour partie, à l'ordre intérieur. En ce qui concerne

---

(108) Ex. : Circulaires adressées aux directeurs des Caisses d'épargne (J.O., 25 août 1926, p. 9628), aux présidents des Caisses de compensation d'allocations familiales (J.O., 21 mars 1940, p. 2102), aux directeurs des Caisses mutualistes sociales agricoles (J.O., 1968, p. 5065).

(109) Cf. Trib. civil d'Aix-en-Provence, 21 février 1952, Dr. Soc. 1952. 606 (Instructions du ministre de la Défense nationale à la S.N.C.A.S.E.) ; Douai 19 fév. 1964, D. 1964.342 (Instruction du Conseil supérieur de la chasse aux fédérations départementales des chasseurs).

(110) C.E., 24 avril 1953, Campari, Rec. 186.

(111) C.E., 9 mai 1952, Balensi, Rec. 248.

(112) Cf. Savy, op. cit., p. 336. C.F. J.J. Dupeyroux, Sécurité Sociale, 1965, p. 208, note 1.

(113) Rivero, op. cit., p. 263.

les concessionnaires de service public ou les entrepreneurs de travaux publics, M. Rivero fonde l'appartenance à l'ordre intérieur sur le cahier des charges les liant à l'administration (114), ce qui d'une manière plus générale signifie que l'appartenance à l'ordre intérieur existe du fait même de l'habilitation à exercer dans l'action administrative.

Dans l'autre conception, l'appartenance à l'ordre intérieur existe, non pas du seul fait de l'habilitation, mais à condition d'être prévue par celle-ci ou par un autre texte.

La réponse conforme à la pratique et satisfaisante pour l'esprit est la solution extensive. Toutes les personnes privées du fait même de l'intervention sont soumises à l'ordre intérieur. Mais la mention explicite d'un pouvoir d'instruction n'est pas sans importance. Le degré de la soumission à l'ordre intérieur variera selon qu'elle est ou non prévue par l'habilitation (ou un autre texte).

Si l'habilitation par son existence même justifie l'appartenance à l'ordre intérieur, celle-ci est limitée, dans le silence des textes. au strict minimum nécesssaire au bon accomplissement de la mission d'intérêt général confiée à la personne privée. Si le pouvoir d'instruction est prévu par l'habilitation, la soumission à l'ordre intérieur est plus grande et fonction de l'autonomie que les gouvernants auront voulu laisser à l'institution.

En d'autres termes, l'objet de l'ordre intérieur a un contenu plus ou moins large selon qu'un pouvoir d'instruction a ou non été prévu. Cette construction rejoint celle de M. Rivero qui considère que le cahier des charges constitue non seulement le fondement, mais aussi la limite de la subordination à l'ordre intérieur.

Pour se prononcer sur la question de l'autonomie des personnes privées sujets de l'ordre intérieur, il ne faut pas s'arrêter à la simple manifestation formelle du pouvoir d'instruction. S'il est vrai comme le note Hauriou (115), que la circulaire se comprend avec la donnée du pouvoir hiérarchique, mais ne se conçoit plus avec celle de la tutelle, il n'en reste pas moins vrai que l'autonomie réelle des personnes privées est fonction de la portée et de la sanction du pouvoir d'instruction.

B) Portée et sanction du pouvoir d'instruction.

Si elles n'ont qu'une portée indicative, les instructions ou circulaires adressées aux personnes privées n'affectent pas l'autonomie de celles-ci et ne rendent pas nécessaires l'existence d'une sanction.

---

(114) La pertinence de l'arrêt Pector (C.E., 25 juin 1857, Rec. 522) indiquant que les porteurs d'une entreprise du Service des pompes funèbres sont, aux termes du cahier des charges, « placés sous les ordres de l'Administration » est quelque peu affaiblie par le fait que lesdits porteurs « sont nommés et révoqués » par celle-ci.

(115) Note sous C.E., 6 déc. 1908, Commune de Labastide-Saint-Pierre, S. 1909.III.81, Notes, tome 1er, p. 337.

Si au contraire elles apparaissent comme des mesures à caractère impératif, l'autonomie de la personne privée peut disparaître surtout si une sanction est organisée.

La seule lecture des textes cités plus haut permet de constater que lorsque le pouvoir d'instruction est prévu, il présente un caractère impératif : les institutions concernées « devront se conformer », « se soumettront », « s'engagent à se conformer », etc. (116). Le caractère contraignant de ces dispositions ne fait pas de doute (117).

Pour qu'elles soient efficaces encore faut-il qu'elles soient sanctionnées. La doctrine a noté que le pouvoir d'instruction sur les fonctionnaires et agents publics ne comporte pas en lui-même sa sanction. Par une construction quelque peu subtile, elle n'en estime pas moins que l'agent public, tout en n'étant pas directement lié par l'instruction de son supérieur, doit cependant s'y conformer en vertu du devoir d'obéissance, lequel est sanctionné par la mise en jeu de la responsabilité disciplinaire ou par l'utilisation du pouvoir de réformation.

En ce qui concerne les personnes privées soumises au pouvoir d'instruction, le plus souvent aucune sanction n'est prévue. Il semble toutefois que, même dans le silence des textes, l'autorité supérieure doit pouvoir mettre en œuvre les procédés de droit commun sus-indiqués. Les sanctions généralement prévues ne sont pas celles résultant de l'exercice du pouvoir disciplinaire ou du pouvoir de réformation, mais consistent soit en la responsabilité personnelle de l'institution dans le cas d'inobservation des instructions qui lui sont données alors qu'elle eut été dégagée de toute responsabilité dans le cas contraire (118), soit en d'autres sanctions financières comme la privation du concours des collectivités publiques (119).

De l'ensemble des constatations précédentes, il résulte que si certaines institutions seulement sont soumises à un pouvoir hiérarchique s'apparentant à celui existant au sein de l'administration, toutes — y compris celles qui sont soumises à un contrôle de tutelle qui devrait exclure logiquement toute idée de soumission à l'ordre intérieur — appartiennent si peu soit-il à celui-ci. La nature même des fonctions assumées crée une tension juridique permanente dans les relations entre l'autorité de contrôle et l'autorité contrôlée, l'exé-

(116) Adde, à propos des centres privés agréés de vaccination : « Les médecins assurant des vaccinations dans des centres agréés doivent se conformer aux instructions qui leur seront remises par le chef de Service départemental des vaccinations » (Arr. 19 mars 1965).

(117) Le contraire est tout à fait exceptionnel. Le Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics indique dans son deuxième rapport (p. 274) que les Caisses de crédit agricole affiliées à la Caisse nationale ne sont pas *ipso facto* tenues par les instructions du crédit, qui n'ont à leur égard qu'un caractère d'information, tout au plus d'invitation.

(118) Art. 4 de la convention liant le Crédit National à l'Etat (V. de jugement cité note 101).

(119) Ord. n° 2720 du 2 nov. 1945 sur la protection maternelle et infantile, art. 4.

cution du service public même géré par une personne privée ne pouvant s'accommoder d'une indépendance à l'égard des responsables suprêmes de la bone gestion du service. Les constatations antérieures interdisent également toute séparation tranchée entre tutelle et hiérarchie, ce qui se constate également dans l'administration (au sens organique).

Pour répondre à la question de savoir si l'intervention des personnes privées dans l'action administrative constitue une application de l'idée de décentralisation, ou bien une application de l'idée de déconcentration, il ne faut pas choisir entre les deux branches de l'alternative puisqu'aussi bien l'intervention des personnes privées se rattache parfois à l'une parfois à l'autre (120). Pour une institution donnée, il n'est pas possible de dire *a priori* si son intervention dans l'action administrative constitue ou non une application de l'idée de décentralisation. Tout dépend des conditions dans lesquelles se réalise cette intervention.

Cette conclusion est peu conforme à l'opinion reçue qui estime que le contrôle sur les personnes privées est un contrôle de tutelle, ce qui revient à dire que les personnes privées jouissent d'une certaine autonomie. Tel auteur ne soutient-il pas ce point de vue qui n'ignore cependant pas que l'administration détient un pouvoir de réformation et même un pouvoir d'instruction à l'égard des personnes privées (121). On est alors en droit de se demander ce qui distingue du pouvoir hiérarchique un pouvoir de tutelle comprenant la réformation et le pouvoir d'instruction.

Plus ou moins étroite, la dépendance à l'égard de l'administration ne constitue que la plus importante manifestation de la soumission des personnes privées à un régime exorbitant du droit commun, à laquelle s'en ajoutent d'autres qu'il convient de préciser.

Section II

SOUMISSION A CERTAINES REGLES DU REGIME ADMINISTRATIF.

La part des règles de droit public dans le régime juridique des personnels des personnes privées exerçant l'action administrative varie dans le temps et dans l'espace.

---

(120) La situation des institutions quant à leur autonomie réelle ne dépend pas toujours du contexte juridique. Tel organisme qui a une grande autonomie en droit n'a qu'un faible indépendance en fait et inversement Pour les Caisses de Sécurité Sociale, cf. supra, note (112). En sens inverse, certains groupements d'importation et de répartition bien que théoriquement soumis à un pouvoir hiérarchique ont vécu d'une manière « semi-indépendante » (4e rapport du Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, 1957, p. 316).

(121) Cf. Demichel, op. cit., p. 415 : « Le pouvoir d'instruction n'est même plus réservé au contrôle hiérarchique ».

Dans le temps, on constate une évolution dans le sens d'une soumission toujours plus poussée à un régime comparable à celui des agents des collectivités publiques. L'intégration organique des personnels des personnes privées dans des structures administratives est souvent précédée et préparée par une intégration progressive et par secteur quant aux différents aspects du régime juridique.

Dans l'espace, à un moment donné, grande est la variété des situations. Le degré de la soumission au régime administratif varie en fonction de la nature de la mission des personnes privées et de l'ancienneté de leur intervention dans l'action administrative.

Il n'y a donc pas une uniformité du régime juridique des agents de toutes les personnes privées. Les situations s'échelonnent d'un assujétissement minimum à une soumission maximum.

La variété que l'on avait constatée au niveau de la définition de la notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative et qui avait conduit à parler de catégorie générique, produit ainsi ses conséquences quant au régime juridique applicable aux agents.

Décrire l'ensemble des règles administratives susceptibles d'être appliquées aux agents des personnes privées, outre que cela entraînerait trop loin, ne présente d'intérêt que quantitatif. Il paraît préférable, d'un point de vue qualitatif, de s'attacher aux règles constituant le minimum commun applicable à l'ensemble des personnes privées.

Bien que toutes les règles du droit administratif ne soient pas réductibles à la distinction dérogation « en plus » dérogation « en moins » par rapport au droit commun — dans la mesure où certaines ne sont pas dérogatoires à celui-ci, mais simplement différentes — cette distinction a une valeur explicative d'une grande portée qui justifie qu'on la retienne ici.

§ 1 — SUJETIONS.

En dehors de la dépendance à l'égard des autorités publiques, les principales manifestations législatives ou jurisprudentielles traduisant l'émergence de la notion de service public dans le régime juridique des agents des personnes privées exerçant l'action administrative se situent sur trois plans, quant aux rémunérations susceptibles d'être perçues par ceux-ci, quant à leur droit de cessation collective et concertée du travail, et quant à leur liberté d'expression (122).

A ces trois points de vue, notamment, les agents des personnes privées exerçant l'action administrative sont soumis à des limitations analogues à celles qui pèsent sur les agents des personnes publiques.

---

(122) Sur la soumission au principe d'égalité, V. infra, note (139).

A) Limitation des rémunérations.

La plupart des agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative sont quant à leur rémunération dans une situation proche de celle des fonctionnaires.

S'il est vrai qu'en ce domaine les règles restrictives ne procèdent pas toutes de la réglementation des cumuls (123), celle-ci constitue la manifestation principale de la soumission des agents des personnes privées à un régime juridique identique à celui appliqué aux agents des personnes publiques.

L'assujétissement des agents des personnes privées aux règles relatives aux cumuls (d'emplois, de rémunérations d'activité, de pensions et de rémunérations, et de pensions) ne résulte pas de la volonté du juge, mais de celle du législateur (décret-loi du 29 octobre 1936). Ce n'est pas dire que le juge ait perdu tout rôle en la matière. L'imprécision des textes, leur fréquente modification ont entraîné au stade de l'application des difficultés d'interprétation que le Conseil d'Etat a été invité à résoudre tant dans ses formations consultatives que contentieuses. Pour ne parler que de celles-ci, notons d'ores et déjà que deux arrêts dominants de la présente étude, et qui conservent ce caractère du point de vue du droit administratif général, ont été rendus à propos de l'application de la réglementation des cumuls (124).

Son champ d'application s'étend au personnel de la plupart des personnes privées intervenant dans l'action administrative. A l'égard de celles-ci, il est défini par le recours combiné à deux procédés différents, l'un consistant en l'énumération d'organismes nommément désignés, l'autre en la définition d'une clause générale de soumission aux règles du cumul, le tout sous réserve de textes particuliers dérogatoires.

Cette méthode est utilisée aux divers stades de l'évolution de cette réglementation souvent modifiée. Bien que l'adoption de l'article 51 de la loi de finances n° 63-156 du 23 février 1963 — qui constitue actuellement le droit positif — les ait frappées de caducité ou

---

(123) V. d. 28 janv. 1939, a. 4, rappelant l'interdiction faite aux « services concédés, affermés ou entreprises subventionnées assurant un service public » (relevant des collectivités locales) d'allouer une rémunération supérieure à celle que l'Etat alloue à ses agents remplissant des fonctions équivalentes (D.P. 1939.4.132). V. d. 22 juin 1960 modifiant l'article 6 du décret n° 53-707 du 9 août 1953 imposant, avant toute décision, la communication au ministre intéressé des mesures relatives aux éléments de rémunération du personnel des entreprises publiques à statut, des sociétés d'économie mixte dont l'Etat possède plus de 50 % du capital et ajoutant aux institutions assujetties les organismes de sécurité sociale (J.O., 23 juin, p. 5598). Cf. C.E., 1er février 1963, Syndicat du Personnel des organismes d'assurances de la région parisienne F.N.O.S.S. et Bazin, Rec. 65, concl. Braibant, C.J.E.G. 1963, 97, et Dr. soc. 1963.273.

(124) Sur les règles de fond (exorbitantes du droit commun par les sujétions qu'elles imposent), V. J. Colin, Cumul d'emplois, cumul de rémunérations, R.A. 1953.591 ; A. Carmacel, La nouvelle réglementation des cumuls, R.A. 1956.31 ; S. Laby, La réglementation des cumuls, Droit ouvrier, 1962.364 et 1963.110.

explicitement abrogés, les dispositions de l'article 1er-4° du décret-loi du 29 octobre 1936, dans sa rédaction conforme au décret de codification du décret n° 55.957 du 11 juillet 1955, méritent d'être rappelées, car elles constituent le premier texte législatif consacrant d'une manière aussi générale la notion d'organisme privé gérant un service public : « la réglementation sur les cumuls s'applique aux agents et ouvriers des... organismes même privés assurant la gestion d'un service public ou constituant le complément d'un service public... ».

Le législateur se borne d'ailleurs à consacrer une notion dégagée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Caisse primaire Aide et Protection, à propos justement de l'application de la réglementation des cumuls (125). Mais dans cet arrêt le Conseil d'Etat avait utilisé sans la définir l'expression d'organisme privé gérant un service public. La consécration de cette notion par le législateur a forcé le Conseil d'Etat à devoir en préciser le contenu, ce qu'il s'était abstenu de faire jusque là. L'apport de l'arrêt Narcy, intervenu aussi à propos de l'application des règles de cumuls, dans la définition de la notion de service public a été noté plus haut (126). On a là un bel exemple de l'action combinée du juge et du législateur dans l'élaboration et la définition des notions juridiques, l'action du juge se situant en l'espèce aux deux extrémités.

Selon les règles en vigueur avant la modification intervenue en 1963, la gestion d'un service public est une condition nécessaire (127) mais non suffisante de l'application de la législation sur les cumuls. En effet, la condition de service public ne joue que « sous réserve que leur fonctionnement [des organismes privés] soit au moins pour moitié assuré par des subventions des collectivités [publiques] et par la perception de taxes ou cotisations obligatoires ».

Cette seconde condition restreint quelque peu le champ d'application du décret-loi de 1936. A vrai dire les organismes privés gérant un service public ou en constituant le complément qui pourraient échapper à la réglementation parce qu'ils ne satisfont pas au critère financier ci-dessus indiqué, y sont le plus souvent soumis en vertu d'une autre disposition de l'article premier du décret-loi de 1936 (l'alinéa 3) visant aussi une catégorie très large d'organismes privés

(125) 23 mai 1938, Caisse Primaire « Aide et Protection », Rec. 417, D. 1939.3.65, concl. Latournerie, note Pépy.

(126) 28 juin 1963, Narcy, Rec. 401, R.D.P. 1963. 1186, note Waline, A.J.D.A. 1964. 92, note A. de Laubadère. V. supra, p. 119.

(127) Le Conseil d'Etat a admis que gèrent un service public ou constituent le complément d'un service public, les Centres techniques industriels (arrêt Narcy), l'A.N.I.F.R.M.O. (20 déc. 1962, Deckmyn Rec. 699), les comités départementaux ou régionaux d'expansion économique (15 juillet 1964, de Ruffi de Pontevez Gevaudan, Rec. tables, p. 951). V. aussi 15 juillet 1955, Caisse interprofessionnelle de compensation des allocations familiales du département d'Alger, Rec. tables, p. 644, 718, 730 ; 8 janvier 1965, Toussenel, A.J.D.A. 1965.359, obs. V. Silvera. Un arrêt du 17 janvier 1964, Puveland (Rec. tables, p. 951) paraît en contradiction flagrante avec l'arrêt Deckmyn susvisé).

gérant un service public : « les services concédés » (128). De la sorte, le champ d'application de la réglementation des cumuls couvrent le personnel de la plus grande partie des organismes privés gérant un service public (129).

Cette parenthèse historique, outre son intérêt sur le plan doctrinal, permet de mieux apprécier l'état du droit positif, qui ne modifie d'ailleurs que partiellement le droit antérieur, et ce dans le sens d'une simplification de la détermination du domaine d'application des règles du cumul. Celui-ci est, comme dans le passé, défini par voie d'énumération (130) et par une clause générale. Cette clause est sensiblement la même que celle résultant du décret de 1955 avec cette différence que la condition relative à la gestion d'un service public a disparu, le critère du financement étant seul retenu (131). Cette suppression n'entraîne pas une grande modification, car l'on conçoit mal qu'un organisme financé pour plus de la moitié par des fonds publics ou selon les modes de financement du droit public puisse ne pas gérer un service public.

Sur le plan des idées, il y a néanmoins recul de la notion de service public comme fondement de l'application d'un régime de droit public au profit d'un critère financier. La législation des cumuls

---

(128) C.E., 13 mars 1961, Remy-Morin, Rec. 181 (Compagnie Générale des Eaux) ; T.A. Nantes, 6 oct. 1961, Le Guin, R.A. 1962.498, concl. Groleau (Société du port de pêche de Lorient).

(129) En sont exclues les entreprises publiques du secteur concurrentiel : banques et compagnies d'assurances nationalisées, sociétés nationales de constructions aéronautiques (Cf. avis du Conseil d'Etat du 20 mai 1953, cité par S. Laby, op. cit., p. 366), les compagnies nationales de transports maritimes ou aériens. Ces institutions restent comme précédemment exclues du champ d'application résultant de la loi du 23 février 1963. Cf. circulaire du 26 septembre 1963 relative à l'application des articles 51 et 52 de la loi des finances du 23 février 1963, J.O., 5 oct., p. 8961.

(130) V. le décret n° 63.1302 du 23 déc. 1963 pris pour l'application de l'article 51.1 de la loi du 23 février 1963 (J.O., 28 déc., 11768). Ce texte précise que les organismes dont les personnels sont effectivement soumis à la règlementation des cumuls en application de l'article 1er — notamment les entreprises publiques soumises à l'un des contrôles prévus par la loi n° 48.24 du 6 janv. 1948 (Commission de vérification des comptes des entreprises publiques) et par le décret n° 55.733 du 26 mai 1955, les personnes morales de droit privé dont les statuts sont conformes au statut-type édicté par le décret n° 60.533 du 1er juin 1960, ou dont les comptes font l'objet d'une approbation par l'Etat ou par l'une des collectivités énumérées au 1° de l'article 1er du décret du 26 octobre 1936 modifié) — sont « nommément désignés » pour chaque département ministériel par décret. V. par ex., d. 23 févr. 1963 (S.O.N.A. C.O.T.R.A.), d. 16 avril 1968 (Entreprise minière et chimique, Société Azote et produits chimiques, Société mines de potasses d'Alsace).

V. C.E., 13 juill. 1968, Claeyssens, Rec. 443 (Est illégal, comme contraire au principe de la désignation nominative, le décret soumettant par voie de disposition générale à la législation des cumuls les personnels des sociétés d'économie mixte à participation majoritaire de l'Etat ou des collectivités publiques).

(131) Art. 1er-3° de la loi du 23 février 1963 : « organismes publics ou privés dont le budget de fonctionnement est alimenté, en permanence et pour plus de 50 % de son montant soit par des taxes fiscales et parafiscales, soit par des cotisations rendues obligatoires en vertu d'un texte légal ou réglementaire, soit par des subventions allouées par l'une des collectivités visées au paragraphe 1° et 2° du présent article ».

justifie l'opinion des auteurs qui estiment qu'au plan des règles de fond applicables le droit administratif est le droit des organismes financés sur fonds publics (132).

B) Limitation du droit de grève.

En matière de cessation collective et concertée du travail, le régime des agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative a subi la même évolution que celui des agents des personnes publiques.

Illicite avant 1946 (133), le fait de grève a perdu ce caractère avec l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1946. En l'absence de réglementation générale par le législateur, le Conseil d'Etat, parmi les diverses solutions possibles, a choisi d'opérer la conciliation de la grève avec le principe de continuité du service public. Il a admis en conséquence la compétence du gouvernement et celle des ministres pour réglementer, sous son contrôle, l'exercice de ce droit.

Cette jurisprudence n'ayant été remise en cause ni par l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 septembre 1958, ni par la loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, il importe de savoir dans quelle mesure elle est applicable aux personnels des personnes privées intervenant dans l'action administrative. Le problème ne se pose pas pour la loi de 1963 car elle précise elle-même que par services publics il faut entendre aussi bien les services publics au sens organique que les services publics au sens fonctionnel.

En est-il de même pour les principes dégagés par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Dehaene (134), et dans l'affirmative sur quel fondement repose la compétence des autorités ministérielles pour réglementer le droit de grève ?

---

(132) Ch. Debbasch, Finances publiques et droit administratif, Mélanges Trotabas, L.G.D.J., 1970, p. 125 s.

(133) Ce caractère illicite ne résulte d'aucun texte. Il peut être déduit des décisions jurisprudentielles admettant la légalité des mesures (convocation pour une période militaire, réquisition) prises par l'autorité gouvernementale pour faire échec à la grève : C.E., 18 juillet 1913, Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies, Rec. 506, concl. Helbronner ; S. 1914.3.1, note Hauriou ; R.D.P. 1913.506, note Jèze (Application dans cet arrêt du principe de continuité du service public) et 5 déc. 1941, Sellier, Rec. 208, S. 1942.3.25, note Mestre. (Légalité d'une réquisition pour briser une grève.

C.E., 18 avril 1947, Jarrigion, Rec. 148, S. 1948.3.33, note Rivero (Application de la jurisprudence relative aux fonctionnaires, admettant le caractère légal — pour des faits antérieurs à 1946 — des sanctions prises sans observer les garanties disciplinaires). Le caractère illicite de la grève est très largement admis par les hommes politiques et la doctrine. Cf. Jèze, Les Principes, tome I, p. 437 s. V. Rolland, La grève dans les services publics concédés, R.D.P. 1910.520.

(134) C.E., 7 juill. 1950, Dehaene, Rec. 426, R.D.P. 1950-491, concl. Gazier, note Waline.

Dans la pratique administrative, le droit de la grève des agents des personnes privées gérant un service public comporte des limitations identiques à celles des fonctionnaires, ainsi que l'attestent les instructions qui leur sont adressées par les ministres en vue de son interdiction ou de sa réglementation (135). Mais la pratique administrative n'est pas en soi une source de droit et ne peut l'être éventuellement que tout autant qu'elle n'est pas contraire au droit.

Sa légalité a été reconnue, à l'occasion d'un recours contre une circulaire réglementant le droit de grève des agents de la S.N.C.F. prise par le ministre des travaux publics, au motif que ce ministre « chargé par la loi du 15 juillet 1845 et le décret du 22 mars 1942, auxquels se réfère l'article 40 de la convention conclue entre l'Etat et la Société nationale des chemins de fer français le 31 août 1937, de la police des chemins de fer, pouvait, dans les limites ci-dessus précisées, légalement prendre des mesures interdisant ou réglementant par avance l'exercice du droit de grève par le personnel de ladite société » (136).

Pour le juge administratif (137), les principes dégagés dans l'arrêt Dehaene, intégralement repris dans l'arrêt Fédération des syndicats chrétiens de cheminots comme d'ailleurs dant tout arrêt relatif à des interdictions ou réglementation du droit de grève, sont ainsi applicables aux agents des services publics, qu'ils soient gérés par des personnes publiques ou par les personnes privées.

A la vérité, la lettre même de l'arrêt du 23 octobre 1964 n'autorise pas une telle interprétation. Le Conseil d'Etat s'est refusé à rendre une décision de principe, ainsi que cela résulte de ce qu'il ne vise que la seule personne privée concernée par le recours, et, plus encore, du fondement qu'il assigne à la compétence du ministre : les pouvoirs qu'il détient en matière de police des chemins de fer.

Bien qu'un tel fondement ne soit pas transposable aux autres personnes privées gérant un service public, les principes dégagés dans l'arrêt Dehaene sont néanmoins d'application générale, tant il est vrai que tous les services publics quels qu'ils soient sont soumis à une obligation de continuité, devant être appréciée plus ou moins strictement selon la nature du service.

Cette constatation logique rejoint les conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire qui fait l'objet de l'arrêt du 23 octobre 1964. Remarquant que la qualité de chef de service, qui est le

---

(135) V. G. Bellorgey, Le droit de la grève et les services publics, Berger-Levrault, 1964, annexe 6, p. 240 s.

(136) C.E., 23 oct. 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminot R.D.P. 1964.1210, concl. Bertrand, A.J.D.A. 1964.682, obs. Puybasset et Puissochet.

Cf. concl. Bertrand, sur C.E., 13 juill. 1968, Syndicat unifié des techniciens de l'O.R.T.F., R.D.P. 1968, p. 1099.

(137) En ce qui concerne les juridictions de l'ordre judiciaire, V. Cass. soc., 27 janv. 1956, Blanc, D. 1956.481, note A. Gervais. Du même jour, même décision, Courtinat, Dr. Soc. 1956, p. 286. La limitation du droit de grève apportée par la circulaire ministérielle du 25 janvier 1950 « est impérieusement commandée par la nature même du service public confié à la S.N.C.F. »

fondement de la compétence du ministre pour réglementer le droit de grève des agents placés sous son autorité, ne peut être transposée à des services personnalisés, le commissaire du gouvernement songe d'abord à deux fondements possibles, l'un reposant sur les textes relatifs à la police des chemins de fer, qui est celui même retenu par le Conseil d'Etat, l'autre sur les prérogatives appartenant à toute autorités concédante, et qui auraient pu être invoquées dans l'espèce, puisqu'aussi bien la S.N.C.F. est concessionnaire de service public. L'un et l'autre sont écartés par le commissaire du gouvernement, car ils présentent l'inconvénient « d'aboutir à des solutions limitées l'un à la S.N.C.F., l'autre aux services concédés » (p. 1216).

Se plaçant alors sur un plan très général, le commissaire du gouvernement recherche un fondement valable pour tous les services publics personnalisés (sans distinguer d'ailleurs selon la nature de la personne gérant le service). Il en trouve un qu'il propose au Conseil d'Etat reposant sur l'idée de « dépendance du service à l'égard du ministre dont il relève » (p. 1218). Cette construction d'allure doctrinale pouvait difficilement être accueillie par le Conseil d'Etat dont les habitudes le conduisirent à préférer les règles connues et propres à l'espèce plutôt que des principes nouveaux de portée générale, dont il est difficile de prévoir toutes les conséquences. En l'absence de solution propre à l'espèce, peut-être n'aurait-il pas refuse de suivre la solution proposée par son commissaire du gouvernement, solution dont la construction n'est pas critiquable dans ses grandes lignes. Le reproche qu'on peut lui faire est de s'en tenir à un point de vue trop formel, s'agissant des rapports de la puissance publique et des organismes personnalisés gérant un service public, et de considérer que la personnalisation d'un service aboutit à conférer à celui-ci une autonomie telle qu'il ne serait plus susceptible de dépendre du ministre par la voie hiérarchique.

Le lien de dépendance à l'égard de l'autorité administrative proposé par M. Bertrand comme fondement de la compétence de celle-ci pour réglementer le droit de grève des agents des services publics gérés par des personnes privées peut être retenu, mais à condition de le comprendre d'une manière différente. Contrairement à l'opinion du commissaire du gouvernement pour qui le lien de dépendance exclut le lien hiérarchique, on doit admettre que le lien de dépendance peut avoir une double nature puisque aussi bien il a été montré plus haut que les personnes privées intervenant dans l'action administrative peuvent dépendre de l'administration par des liens s'apparentant soit à la tutelle soit à la hiérarchie.

En conséquence le fondement de la compétence du ministre pour réglementer le droit de grève des organismes privés soumis à son contrôle réside dans sa qualité d'autorité hiérarchique pour ceux qui sont soumis à son autorité, dans sa qualité d'autorité de tutelle pour ceux qui sont assujettis à un contrôle de cette nature.

Quoi qu'il en soit du fondement de la soumission des personnels des personnes privées aux limitations du droit de grève nécessaires

pour assurer la continuité du service public, l'existence d'une telle soumission ne paraît pas contestable ni juridiquement, ni politiquement.

Aucune distinction ne doit être faite en droit positif entre les personnels des organismes gérant un service public selon qu'ils sont des personnes publiques ou des personnes privées.

Cette position est d'ailleurs celle-là même adoptée par le législateur. La loi du 31 juillet 1963 susvisée ne fait aucune distinction selon le mode de gestion du service. Elle s'applique non seulement aux agents des personnes publiques, mais également « aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements privés lorsque ces entreprises, organismes ou établissements sont chargés de la gestion d'un service public ». Cette loi — qui se borne à imposer non des conditions de fond, mais des conditions de forme qu'il n'importe d'ailleurs pas d'analyser ici — constitue une nouvelle consécration législative de la notion d'organisme privé gérant un service public (138), intervenue, comme pour les cumuls, afin de soumettre les agents des personnes privées gérant un service public à des règles identiques à celles applicables aux fonctionnaires ou aux agents publics.

Aux limitations du droit de grève en vue de sa conciliation avec le principe de continuité du service public, s'ajoutent des limitations à la liberté d'expression qui se justifient aussi par le souci d'assurer le bon fonctionnement du service public.

C) Limitation de la liberté d'expression.

Le problème de la liberté d'expression des fonctionnaires se situe à un carrefour où interfèrent un certain nombre de libertés telles la liberté d'opinion ou la liberté syndicale, un certain nombre de principes tels le principe de laïcité, le principe d'égalité de tous devant le service public (139) et même le principe de continuité du service public. Il doit en outre intégrer un certain nombre de

(138) Contrairement à l'opinion de M. Bellorgey [op. cit., (135), p. 93, note 1], plusieurs textes généraux de droit positif français ont pris l'expression service public dans un sens large avant la loi de 1963.

La notion d'« organisme privé gérant un service public » est utilisé par l'article 16 du décret n° 53.1169 du 28 nov. 1953 portant R.A.P. pour l'application du décret du 30 sept. 1953 sur la réforme du contentieux administratif (Cf. infra, p. 410), et par le décret du 14 octobre 1960 relatif au Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics (« organismes de toute nature chargés d'assurer un service public »).

(139) Il va sans dire que les institutions privées gérant un service public doivent respecter le principe d'égalité, qui est une « obligation inhérente au service public ». Cf. Art. 3 du décret du 22 déc. 1966, à propos des organismes privés habilités à exécuter les tâches confiées au Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (« ces organismes devront s'engager... à faire observer par leurs agents les obligations inhérentes au service public, à tenir compte sans distinction d'origine des besoins de tous les intéressés... »). Sur le principe d'égalité en matière économique, V. art. 17 et 18 du cahier des charges de la S.N.C.F.

données relatives à la nature des fonctions assumées, au lieu où sont exprimées les opinions (territoire français, étranger ; hors du service, dans le service).

La richesse des expressions utilisées par la doctrine pour qualifier ces limitations et le flottement qu'on y décèle sont l'indication d'une certaine imprécision au fond. Sans toujours distinguer ce qui devrait l'être et en distinguant parfois ce qui ne devrait pas être distingué, on parle de loyalisme, de neutralité, d'impartialité, de réserve, de déférence, de modération, de retenue, de courtoisie, de discrétion, de secret. Sans vouloir se livrer à une étude d'ensemble de cette question, il est nécessaire de fixer au moins pour cette étude le sens de ces expressions afin de pouvoir préciser ensuite si les différentes limitations à la liberté d'expression qu'elles expriment s'imposent aux agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative.

L'expression loyalisme correspond au moins à deux notions différentes, le loyalisme envers les institutions (ou envers la Nation) et le loyalisme envers le gouvernement auquel sont tenus les seuls titulaires de fonctions à la discrétion de celui-ci. Les autres termes ne correspondent pas toujours à des notions autonomes. Les mots neutralité et impartialité peuvent être utilisés dans des sens identiques encore que l'un interfère avec le principe de laïcité et l'autre avec le principe d'égalité devant le service public (140). Les vocables réserve, déférence, modération, retenue, courtoisie ne peuvent être considérés comme ayant une signification différente (141). La discrétion professionnelle (142) est parfois assimilée à la réserve, mais en fait doit être rapprochée du secret (143). L'obligation de discrétion professionnelle et l'obligation de secret, à la différence des précédentes, constituent moins une limite à la liberté d'expression qu'une suppression pure et simple de celle-ci, dans l'exécution du service comme hors du service. Il s'agit en fait d'une obligation de mutisme.

Ces limites à la liberté d'expression et la suppression pure et simple de celle-ci (obligation de mutisme) sont-elles applicables aux agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative (144) ?

---

(140) Auby et Ducos-Ader, D.A., 2e éd., n° 101, p. 143. D. Ruzié, op. cit., n° 208, p. 198.

(141) Ils sont parfois utilisés deux à deux : « devoir de réserve et de modération », « obligation de réserve et de déférence », Cf. G.A., n° 94, Teissier, p. 386 et 387.

(142) Art. 10 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires. J. Grosclaude, L'obligation de discrétion professionnelle des fonctionnaires, R.A. 1967.127.

(143) Art. 378 du Code pénal, Cf. Waline, Le secret professionnel des fonctionnaires, D.H. 1930, p. 61 s.

(144) Comme les fonctionnaires, ils ont évidemment la liberté de conscience. Certains statuts la proclament expressément. Cf. art. 45, al. 1 et 2 du statut de l'A.N.I.F.R.M.O. : « ...L'A.N.I.F.R.M.O, reconnaît la liberté d'opinion. [Elle] s'engage à ne pas prendre en considération le fait d'appartenir

Les agents des personnes de droit privé intervenant dans l'action administrative paraissent être tenus à l'obligation de loyalisme envers le régime (mais non à l'obligation de loyalisme envers le gouvernement). Cette règle peut être déduite des textes relatifs à l'épuration administrative qui visaient aussi bien les agents des personnes publiques que les agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative. Rappelons qu'en vertu de l'ordonnance du 27 juin 1944 ces derniers étaient considérés comme des agents publics (145).

De même, le principe selon lequel « le devoir de stricte neutralité... s'impose à tout agent collaborant à un service public » (146) ne doit pas être considéré comme visant uniquement les agents collaborant à un service public au sens organique, mais vaut également pour les agents participant à l'exécution d'un service public au sens fonctionnel. Il est vrai que les espèces où la règle a été posée sont relatives à des services publics directement gérés par une personne publique, et qu'aucun texte général n'impose aux personnes privées une telle obligation.

A défaut d'être prescrite par un texte de portée générale, l'obligation de neutralité est expressément prévue pour des institutions où elle revêt une importance toute particulière eu égard à la nature du service. C'est ainsi que la loi du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés impose à ces dernières de donner leur enseignement « dans le respect total de la liberté de conscience » (147). D'une manière encore plus explicite, l'article 45 des statuts régissant le personnel de l'Association pour la formation professionnele des adultes (A.F.P.A., ex. A.N.I.F.R.M.O.) décide : « en aucun cas, les membres du personnel ne pourront faire de propagande syndicale ou politique auprès des stagiaires ; ils devront observer à leur égard une neutralité obsolue, seule compatible avec le but poursuivi par l'A.N.I.F.R.M.O. » (148). Cette obligation de neutralité est également consacrée par l'article 2 des statuts types des maisons de la culture (149).

---

ou non à un syndicat, les opinions politiques ou philosophiques, les croyances religieuses ou les origines sociales, raciales ou professionnelles de chacun des membres de son personnel, pour arrêter sa décision en ce qui concerne l'embauchage, la conduite ou la répartition du travail, les mesures de discipline, de congédiement ou d'avancement pour l'application du présent statut, à ne faire aucune pression sur le personnel en faveur de tel ou tel syndicat ».

(145) Cf. supra, p. 210.

(146) C.E., 3 mars 1950, Delle Jamet, Rec. 247, concl. Laurent.

(147) Art. 1er, al. 4.

(148) Art. 45, al. 4. L'idée de neutralité est poussée si loin dans cette institution qu'on l'impose même aux stagiaires, c'est-à-dire aux usagers du service public ! (« La plus stricte neutralité, politique, confessionnelle ou syndicale doit être observée à l'intérieur du Centre. Toute atteinte à cette règle quelle qu'en soit la forme sera sanctionnée »), disposition inscrite dans le règlement intérieur des Centres de F.P.A.

(149) Cf. Cl. Entrevan, L'action culturelle et les maisons de la culture, R.D.P. 1969, note 147, p. 880 ; A.H. Mesnard, Le statut juridique des maisons de la culture et des maisons de jeunes et de la culture, A.J.D.A. 1969, p. 420.

Neutralité religieuse, philosophique, politique, syndicale, ces différents aspects de la neutralité sont explicitement indiqués ou évoqués par ces différents textes. En application de l'idée que le service public même géré par des personnes privées reste un service public, et qu'en conséquence il doit présenter pour les usagers les mêmes garanties qu'un service public organique, on doit admettre, bien que le juge administratif n'ait jamais eu l'occasion de le préciser, que l'obligation de neutralité s'impose aussi aux institutions qui n'y sont pas expressément soumises.

La soumission à l'obligation de réserve n'a pas besoin d'être déduite des principes. Elle est affirmée par une jurisprudence déjà classique bien que récente du Conseil d'Etat. Dans un considérant à allure doctrinale qui confère à l'arrêt qui le renferme le caractère d'une décision de principe, le Conseil d'Etat a en effet décidé que « l'obligation de réserve... s'impose à quiconque participe à la gestion d'un service public » (150). Cet arrêt, plusieurs fois confirmé (151), a été rendu à propos d'un organisme privé. Pour l'obligation de réserve, il n'y a non plus pas lieu de distinguer entre la notion organique et la notion fonctionnelle de service public.

Si les organismes privés et leurs agents sont soumis à la même obligation de principe que les agents publics, il n'en résulte pas nécessairement que les modalités d'application de celle-ci doivent être identiques. En d'autres termes, le contenu de l'obligation de réserve reste à préciser (152). Pour ce faire, il convient de distinguer selon la nature du lien qui lie l'organisme privé à l'autorité de contrôle. S'il s'agit d'un lien hiérarchique ou quasi hiérarchique, il n'y a pas de raison que l'obligation de réserve soit moins stricte pour les agents des personnes privées que pour les agents publics.

En revanche si la dépendance à l'égard de l'autorité de contrôle résulte de la tutelle, l'autonomie conférée à la personne privée contrôlée et à ses agents invite à considérer que la soumission de

---

(150) C.E., 31 janv. 6914, Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon, Caisse d'allocation familiales de la Côte d'Or. Dr. soc. 1964.374, concl. Nicolay.

(151) C.E., 5 janv. 1968, Caisse régionale de sécurité sociale de Rennes, Caisse primaire de sécurité sociale de la Sarthe, Rec. 16 et 17 ; 15 mars 1968, Caisse primaire de sécurité sociale de la Dordogne, Caisse primaire de sécurité sociale du Tarn-et-Garonne, A.J.D.A. 1968, p. 486-487.

T.A. Bordeaux, 8 janv. 1966, Caisse primaire de sécurité sociale de la Dordogne, Rec. 704.

(152) Il n'est pas utile de s'engager dans la controverse portant sur le point de savoir si dans le service l'agent n'est soumis qu'à une obligation de réserve dont l'intensité est plus forte qu'en dehors du service (Cf. R. Bourdoncle, Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français, th. Lyon, 1957, p. 101 et 112) ou si dans l'exécution du service la liberté d'expression n'est pas seulement réduite mais « écartée » (cf. Weil, D.A., p. 55). Les affaires susvisées sont relatives à des faits intervenus pendant le service. Elles infirment l'opinion de M. Bourdoncle (op. cit. p. 97) selon qui le devoir de réserve est « un fait individuel ». Dans ces affaires il s'agit de « faits collectifs ». L'obligation de réserve ne s'impose pas uniquement aux agents pris individuellement, mais aux autorités administratives collégiales.

ceux-ci à l'obligation de réserve doit être moins stricte que celle pesant sur des agents des personnes privées subordonnées hiérarchiquement à l'administration (153).

Cette solution paraît être conforme à la directive qui inspire la jurisprudence du Conseil d'Etat. Dans toutes les affaires qui lui été soumises relatives à des caisses de sécurité sociale ou d'allocations familiales, le Conseil d'Etat a refusé d'admettre, contrairement à certains tribunaux administratifs (154), qu'il y a eu violation de l'obligation de réserve, alors qu'il n'aurait probablement pas manqué d'admettre le contraire si les critiques adressées aux pouvoirs publics, au lieu d'émaner d'institutions privées, avaient eu pour auteurs des agents publics. La raison de ce refus doit être recherchée dans l'idée que les caisses d'allocations familiales et de sécurité sociale possèdent, en tant qu'elles sont soumises à un contrôle de tutelle seulement, une plus grande indépendance dans l'accomplissement de leur mission que les agents soumis à la hiérarchie et qu'en conséquence leur devoir de réserve doit être interprété moins strictement que pour ceux-ci.

Reste enfin à s'interroger sur l'application aux agents des personnes privées de l'obligation qualifiée obligation de mutisme et qui revêt deux aspects selon qu'elle est seulement sanctionnée disciplinairement ou aussi par le Code pénal. Il n'y a pas de problème en ce qui concerne la révélation de secrets puisqu'aussi bien l'article 378 du Code pénal est applicable « à toutes... personnes dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes des secrets qu'on leur confie... » Il s'applique aux agents publics comme à de simples particuliers même n'assumant aucune intervention dans l'action administrative. *A fortiori* doit-il s'appliquer aux agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative. Cela résulte d'ailleurs de la jurisprudence (155). A la différence de l'obligation de secret, l'obligation de discrétion professionnelle n'est explicitement prévue que pour les fonctionnaires et les agents publics. Par application de l'idée de bon fonctionnement du service public, on doit admettre qu'elle s'applique également aux agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative, soit dans l'intérêt du service (divulgation de renseignements touchant à la sûreté de l'Etat), soit dans l'intérêt des tiers. Cette dernière hypothèse a donné lieu à un contentieux administratif qui confirme le point de vue soutenu. Le Conseil d'Etat a jugé que constituait une faute disciplinaire (« une irrégularité au sens

(153) Sur cette question, cf. supra, p. 326.

(154) T.A., Paris, 20 avril 1960, Caisse primaire de sécurité sociale de Strasbourg, Rec. 777. V. Concl. Nicolay : Le Tribunal administratif de Paris « affirmait ainsi une conception très rigoureuse des devoirs de réserve... » Dr. Soc. 1964, p. 376.

(155) C.A. Paris, 17 nov. 1953 (B... c. Rouillon), J.C.P 1953.II.8119, note A. Chavanne (Application de l'article 378 du code pénal à un administrateur d'une Caisse de sécurité sociale).

des dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 ») le fait pour un administrateur d'une caisse de sécurité sociale d'avoir divulgué le montant des cotisations de sécurité sociale dues par un employeur, au motif que « les administrateurs des organismes de sécurité sociale sont par la nature de leurs fonctions tenues au secret professionnel » (156).

L'obligation de mutisme générale en théorie est limitée pour des raisons de fait à certaines catégories d'agents : ceux qui par la nature de leurs fonctions sont susceptibles d'avoir connaissance de faits dont la divulgation constitue un manquement à l'obligation de discrétion punissable par la voie disciplinaire et, si elle répond aux conditions de l'article 378 du Code pénal, une infraction réprimée pénalement. L'analyse des limitations de la liberté d'expression, des rémunérations du droit de grève confirme que l'intervention des personnes privées dans l'action administrative entraîne la soumission de leurs agents aux obligations inhérentes au service public. Ces sujétions sont-elles sans contrepartie ?

§ 2 — AVANTAGES.

« Ils n'ont point les garanties des fonctionnaires ». C'est ainsi que Rolland, qui venait d'admettre le caractère illicite de la grève des agents des services publics concédés, faisait remarquer le caractère « médiocre » de leur situation (157).

Ce qui était exact au début du siècle ne l'est plus aujourd'hui. Il n'est plus vrai que les agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative sont soumis au régime des fonctionnaires en ce qu'il a de restrictif et y échappent en ce qu'il a de positif.

Parmi les différents avantages des fonctionnaires, il en est un, le plus important, qui a été acquis par les agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative : la sécurité de l'emploi (158).

Si une telle évolution se constate également dans le secteur privé (159), la situation des agents des personnes privées intervenant dans l'action

---

(156) T.A. Paris, 22 avril 1958, Olivier, Rec. 715.

(157) Rolland, article cité, note (133), p. 512.

(158) Dans la plupart des régies intéressées, le personnel est « assimilé » au personnel municipal, et bénéficiait donc d'avantages alors exorbitants (Congés annuels, régime de l'avancement, retraites), cf. Bonte, op. cit., p. 1775. Mothon, op. cit., note (160), p. 72, 84, 86.

L'évolution en ce sens dans le secteur privé atténue mais ne supprime pas le caractère privilégié, par rapport aux salariés de droit commun, de la situation des agents des personnes privées intervenant dans l'action administrative.

V. les décrets n°s 64 et 65 du 12 janvier 1967 étendant le régime de retraites complémentaires des assurances sociales pour certaines catégories d'agents de l'Etat non titulaires, « aux fondations et associations d'intérêt national dont le financement est assuré principalement par des subventions de l'Etat » (Utilisation, déjà notée en d'autres domaines, du critère financier).

(159) V. D. Ruzié, op. cit., p. 291 s.

administrative se rapproche davantage de celle des fonctionnaires que de celle des salariés du secteur privé.

Comme pour les fonctionnaires, la stabilité de l'emploi des agents des personnes privées participant à l'exercice de la fonction administrative présente un double aspect, individuel et collectif.

D'un point de vue individuel, la stabilité résulte de ce que, en droit ou en fait, l'agent n'est privé de son emploi que par mesure disciplinaire (160). Encore bénéficie-t-il dans ce cas d'un système de garantie s'inspirant de celui de la fonction publique (161).

Plus importante encore est la stabilité collective. A quoi servirait une stabilité individuelle s'il pouvait être porté atteinte à la stabilité de l'emploi par mesures générales ?

Avant de préciser la nature des mesures prises dans le but d'assurer une stabilité collective de l'emploi, il importe d'indiquer dans quelles hypothèses celle-ci est susceptible d'être menacée. C'est pour deux séries de raisons, semble-t-il, les unes à caractère interne, les autres à caractère international. Parmi les causes internes, figure par exemple la suppression par la puissance publique ou à son initiative de l'institution privée gérant un service public, qu'il s'agisse d'une suppression pure et simple ou du remplacement de l'institution privée par un établissement public. L'on peut penser aussi à la cessation volontaire par une personne privée de sa mission d'intervention dans l'action administrative. Parmi les causes internationales, la plus importante est l'accession à l'indépendance des territoires sur lesquels des personnes privées gèrent certains services publics.

Dans les deux cas des mesures tendent à protéger les personnels menacés.

Les mesures prises au titre de la première hypothèse varient selon que le service continue à être géré par une personne privée ou est repris par une personne publique. Dans la première situation, la puissance publique impose à la personne privée qui remplace celle qui cesse d'exploiter le service public l'obligation de reprendre le personnel de celle-ci. Une telle disposition figure souvent dans les cahiers des charges des concessionnaires ou entrepreneurs

---

(160) Pour la S.N.C.F., V. G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, Droit du travail, Dalloz, 1956, n° 285, p. 240.

V. M.A. Mothon, Les réformes modernes de la législation du travail et le personnel ouvrier de la Compagnie du Gaz de Paris, th. Paris, 1940 (Bien que les « temporaires deux ans » puissent être débauchés en suivant le rang d'ancienneté, « pratiquement depuis plus de 15 ans aucun « temporaire deux ans » n'a été licencié », p. 52).

(161) V. Mathiot, Cours cité, p. 113 ; Camerlynck et Lyon-Caen, op. cit., n° 285, p. 240, n° 316, et note 4, p. 273.

Pour les sociétés d'économie mixte, V. R. Tagand, Le régime juridique de la société d'économie mixte, Préface de J.M. Auby, L.G.D.J., 1969, p. 183 s.

Pour les organismes de sécurité sociale, V. le décret du 22 octobre 1965, J.O., p. 9474.

de service public (162). Lorsque le service cesse d'être géré par une personne privée pour l'être soit en régie soit par un établissement public, les agents de l'organisme privé sont intégrés dans le personnel du service en régie (163) ou dans celui de l'établissement public (164).

Lorsque l'atteinte à la stabilité de l'emploi résulte de l'indépendance accordée à des territoires sur lesquels des personnes privées exerçaient une mission de service public, la protection — exorbitante de droit commun — consiste dans le droit attribué aux agents intéressés d'être intégrés ou reclassés dans les personnels d'organismes privés métropolitains homologues ou similaires (165).

Bien que le phénomène décrit n'ait pas une portée absolument générale (166), il n'en exprime pas moins la volonté des gouvernants d'assurer aux agents des personnes privées gérant un service public une protection comparable à celle des agents publics, et qui dépasse largement celle qui est accordée aux salariés des autres personnes privées.

Cela ne doit pas surprendre car les agents des institutions intervenant dans l'action administrative sont par personnes privées interposées des travailleurs pour le compte de la puissance publique ainsi que l'attestent leur dépendance à l'égard des autorités administratives, et leur soumission aux obligations inhérentes au service public.

---

(162) Cf. Bonte, op. cit., p. 173 (Clause de reprise du personnel des anciennes sociétés concessionnaires par la S.T.C.R.P.).

V. art. 8 du cahier des charges-type pour l'entreprise de la collecte et de l'évacuation des ordures ménagères approuvé par le décret du 31 août 1959 (Obligation de recruter par priorité le personnel de l'entreprise précédente).

(163) Loi du 12 mars 1947, Art. 3 : « Les conditions d'intégration dans l'administration des postes, télégraphes et téléphones du personnel de la compagnie générale des automobiles postales seront fixées par décret ».

(164) V. le décret du 12 juillet 1967 fixant les conditions de réemploi, par le centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles et les organismes par lui conventionnés, des personnels de l'A.M. P.R.A., de l'A.N.M.E.R. et des syndicats de migration et d'établissement ruraux.

(165) Le champ d'application de cette règle est généralement très large. Cf. Ord. n° 401 du 11 avril 1962 relative aux conditions d'intégration dans les services publics métropolitains des fonctionnaires et agents des services publics algériens et sahariens. L'expression services publics vise expressément les services publics gérés par des personnes morales de droit privé : « les sociétés concessionnaires de service public et les organismes jouissant de la personnalité civile et de l'autonomie financière dont la majeure partie des ressources est constituée par des cotisations légalement obligatoires... ».

Les modalités d'intégration sont fixées soit par décret (pour les organismes de sécurité sociale, d. n° 62.941 du 9 août 1962) soit par convention conclue entre l'Etat et l'organisme privé métropolitain intéressé. (A cette occasion le Conseil d'Etat a rendu un arrêt intéressant duquel il ressort que les « stipulations de cette convention ont un caractère règlementaire », ce qui permet aux agents ayant droit à réintégration d'en invoquer la méconnaissance à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, C.E., 23 février 1968, Picard, Rec. 131, A.J.D.A. 1968.461, obs. Massot et Dewost, p. 457).

(166) Cf. le licenciement à l'A.F.P.A. de 158 agents dont beaucoup avaient une ancienneté importante. V. à ce sujet deux questions orales avec débat, J.O., déb. parl. A.N., 6 juin 1970, p. 2295 s.

Tant par les sujétions que par les avantages, l'agent des personnes privées intervenant dans l'action administrative est donc à certains égards et à l'instar du fonctionnaire « un citoyen spécial ».

Cela est encore plus vrai pour les personnes morales de droit privé elles-mêmes qui, tout en étant des sujets du droit privé, sont susceptibles d'être des autorités administratives lorsqu'elles édictent dans l'accomplissement de leur mission de service public des décisions manifestant l'exercice de prérogatives de puissance publique.

L'existence d'autorités administratives, qui ne sont pas des agents publics révèle, que la notion de puissance publique — comme la notion de service public — est sans influence sur la nature juridique des personnes privées intervenant dans l'action administrative. Quant à la notion de service public, elle joue bien un rôle, mais il se situe uniquement sur le plan du régime juridique et non sur celui de la qualification juridique de ces personnes.

Les notions de puissance publique et de service public n'exercent pas la même action selon qu'il s'agit des actes ou des agents. Ont-elles une incidence sur la condition juridique des biens des personnes privées exerçant l'action administrative ?

TITRE III

LA CONDITION JURIDIQUE DES BIENS

En plus des moyens d'action en pouvoirs juridiques et en personnel, les personnes privées intervenant dans l'action administrative disposent de moyens en biens. Quels sont les effets de l'intervention des personnes privées dans l'action administrative sur le régime juridique applicable à ces biens ?

C'est en ces termes que se pose le problème. Afin de mieux le préciser, la signification donnée au mot « biens » doit être indiquée. Celui-ci est en effet susceptible d'avoir deux sens, un sens large et un sens étroit. Dans son acceptation large, il comprend non seulement les biens immobiliers ou mobiliers, auxquels font référence les auteurs de droit administratif lorsqu'ils étudient les biens des collectivités publiques, mais aussi les biens monétaires, les « deniers », qui sont écartés dans l'acception restrictive (1).

Dans cette étude, le mot biens est pris dans son sens étroit. Un tel choix s'explique moins par l'idée que les deniers relèvent plus spécialement d'une discipline juridique distincte du droit administratif, malgré l'existence de zones communes (2), que par le fait que l'étude des finances des personnes privées intervenant dans l'action administrative — qu'il s'agisse du problème de la nature juridique de leurs « deniers » (3), du problème de leurs relations

---

(1) M. Waline est l'un des rares auteurs contemporains à avoir consacré des développements aux deniers publics dans un manuel ou traité de droit administratif (jusqu'à la huitième édition).

(2) Ch. Debbasch, Finances publiques et droit administratif, Mélanges Trotabas, L.G.D..J, 1970, p. 110 s.

(3) Le problème est de savoir si les deniers des personnes privées intervenant dans l'action administrative peuvent avoir la qualité de deniers publics. Cette question ne peut être passée sous silence car, d'un point de vue juridique et en droit positif, la notion de denier public se définit par rapport à celle de service public : Ont le caractère de deniers publics les deniers affectés à l'exécution d'un service public. Selon que la notion de service public est prise dans un sens organique ou fonctionnel, les deniers des personnes privées intervenant dans l'action administrative ont ou non le caractère de deniers publics. Sauf en certaines hypothèses (comptabilité de fait notamment, V. supra, p. 56, note 26), où elle est retenue dans un sens matériel, la notion d'affectation à un service public vise un service public au sens organique. Les deniers appartenant à des personnes privées, même investies d'une mission de service public, sont des deniers privés (Cf. Magnet, L'évolution de la théorie des gestions de fait, A.J.D.A. 1964, p. 468).

La distinction des personnes publiques et des personnes privées conserve ainsi un rôle fondamental en matière de qualification des deniers.

Sur les rapports de la notion de deniers publics et de la notion de

financières avec les personnes publiques (4), de la question de savoir dans quelle mesure elles sont habilitées à se procurer leurs ressources financières selon les procédés du droit public (5), qu'il s'agisse enfin de la question de savoir si leur régime fiscal présente ou non une spécificité par rapport à celui des personnes privées n'intervenant

---

service public, V. J.M. Gaudemet, Précis de finances publiques, tome 1er, p. 37. V. p. 40, « la notion politique » de deniers publics, qui permet de considérer comme tels, les deniers « d'organismes semi-publics et même privés dans l'exercice de leur activité de puissance publique » (p. 42).

Dans la même direction, M. Debbasch substitue à la notion de deniers publics, jugée trop étroite, celle de fonds publics, qui, indépendamment de toute considération organique, permet de considérer comme tels « toutes les recettes recouvrées en vertu d'un démembrement du pouvoir fiscal de l'Etat », et permet donc d'englober notamment la parafiscalité (op. cit. note 2, p. 127-128).

(4) V. Chardot, La collaboration financière des administrations publiques et les entreprises privées, th. Nancy, 1928.

Rappelons que la distinction de la concession de service public, de l'affermage, de la régie intéressée est fondée sur la nature des rapports financiers entre l'autorité publique et la personne privée. Cf. supra, p. 71 s. Sur le régime financier de la concession de service public, V. Dufau, Juriscl. adm. fasc. 530, n° 156 s. Sur les rapports de la S.N.C.F. et de l'Etat à propos de l'équilibre budgétaire de celle-ci, V. C.E., 3 déc. 1965, Ministre des Travaux publics c. S.N.C.F., Rec. 655 (relatif à l'application de l'article 18, al. 6 et 7 de la convention du 31 août 1937, obligeant le gouvernement à demander au Parlement le vote d'un crédit égal au montant des recettes attendues des mesures tarifaires proposées par la S.N.C.F. et rejetées par le gouvernement).

Sur la protection de « l'autonomie financière » des personnes privées intervenant dans l'action administrative : V. C.E., 28 janv. 1959, Fédération nationale des organismes de sécurité sociale et Bazin, Rec. 82 (Illégalité d'un acte administratif imposant aux caisses de sécurité sociale l'obligation de verser leurs fonds au Trésor).

Sur l'autonomie financière des caisses de sécurité sociale, V. concl. Braibant, sur C.E., 9 déc. 1966, Fédération nationale des organismes de sécurité sociale, A.J.D.A. 1967, p. 163 s.

Lorsque l'intervention dans l'action administrative a pour objet des prestations financières, V. supra, p. 132 s.

(5) Pour les organismes privés financés, partiellement au moins, par des ressources de caractère fiscal, V. a. 1609 du Code général des impôts (imposition additionnelle à la patente au profit de l'Association française de normalisation), a. 1608 du C.G.I. (imposition spéciale de cinq centimes additionnels au principal fictif de la contribution foncière des propriétés non bâties au profit des fédérations départementales de groupements de défense contre les ennemis des cultures), abrogé par le décret n° 57.1361 du 30 déc. 1957.

Sur les organismes privés bénéficiant de taxes parafiscales, V. dans les états annexés aux lois de finances, l'état E donnant le tableau des taxes parafiscales dont la perception est autorisée pour l'année concernée. Pour l'année 1962, V. Statistiques et études financières, 1962, p. 361 s. (La nature publique ou privée des organismes bénéficiaires n'est pas indiquée).

Pour les cotisations de sécurité sociale, V. J.J. Dupeyroux, op. cit. p. 636 s.

V. concl. Mosset sur C.E., 27 juill. 1951, Caisse mutuelle d'allocations familiales agricoles de la Loire-Inférieure, Dr. soc. 1952.407.

Nombreux sont les groupements privés habilités à percevoir des ressources ou recouvrer leurs créances « comme en matière de contributions directes ».

Si les personnes privées sont ainsi susceptibles de bénéficier des prérogatives appartenant aux collectivités publiques pour le recouvrement de leurs créances, elles ne bénéficient pas des prérogatives prévues au profit de celles-ci quant à l'extinction de leurs dettes. Les personnes privées intervenant dans l'action administrative ne bénéficient pas de la déchéance quadriennale (Jurisprudence constante). En ce domaine la distinction des personnes publiques et des personnes privées conserve toute sa valeur.

V. cependant, Tr. civ. de la Seine, 16 janv. 1930, D.H. 1930-203 : Validité

pas dans l'action administrative (6) — est susceptible de constituer à elle seule matière à une ou plusieurs recherches.

D'un point de vue théorique, les problèmes qui se posent à propos des biens définis restrictivement ne sont pas les mêmes que ceux qui devraient être résolus si l'on inclut l'étude des deniers. Si pour les biens au sens strict et pour les deniers, on retrouve le problème du mode d'acquisition (7) et de leur protection, encore ces questions ne revêtent-elles pas la même signification dans les deux cas. En outre, ce n'est qu'à propos des biens au sens étroit, et encore faut-il en écarter les meubles, que se pose le problème de savoir si leur aménagement se réalise ou non suivant le régime juridique spécial applicable aux collectivités publiques (travaux pubics).

Pour les biens stricto sensu, il y a en effet trois problèmes principaux, relatifs à leur mode d'acquisition, leur aménagement, leur protection.

A ces trois points de vue, les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont elles uniquement régies par le droit privé — solution qui découle naturellement de leur qualité de personne privée — ou bien sont-elles soumises, en tant qu'elles poursuivent sous la haute direction de l'administration les mêmes fins que celle-ci, au même régime juridique ?

La réponse à ces trois questions ne présentent ni le même intérêt ni la même difficulté. La réponse à la première, relative

---

de l'opposition de la déchéance quinquennale, par le Crédit National, lorsqu'il agit pour le compte du ministre des Finances.

Ce régime exorbitant du droit commun ne l'est pas seulement par les prérogatives. En contrepartie de celles-ci, il y a des sujétions et notamment soumission à différents contrôles.

(6) Cf. supra, p. 117, le refus du Conseil d'Etat de faire bénéficier de l'exemption de la contribution des portes et fenêtres les immeubles (appartenant à une personne publique) affectés à un service public (non productif de revenus) géré par des personnes privées. En sens inverse, et donc sur l'admission fonctionnelle de la notion de service public, Cf. l'exemption accordée à l'Association pour la formation professionnelle des adultes, pour les immeubles mis à sa disposition par l'Etat. V. la note du 13 septembre 1966, B.O.C.D. 1966.II.548, Juriscl. fiscal, fasc. 1259, n° 148.

Sur la spécificité du régime fiscal des personnes privées « associées à un service public », C.E., 3 mai 1918, Schneider, Rec. 410 « Il est interdit d'accorder à un redevable aucune remise de l'impôt et par conséquent aucune remise des droits d'octroi ni aucun remboursement de ces droits, si ce n'est lorsque ce redevable se trouve associé à un service public ».

En droit positif, le principe est la soumission des personnes privées intervenant dans l'action administrative au régime de droit commun, applicable aux entreprises privées effectuant les mêmes opérations, mais il est assorti de nombreuses exceptions (art. 1654 du Code général des impôts). V. a. 131 (Crédit National), 140 à 141 bis et 920 (S.N.C.F.), 1066-1067 (Caisses d'épargne), 1121 (Croix-Rouge française), 1327 à 1329 bis (organisme de sécurité sociale), 1654 al. 2 (Banque de France).

V. C.E., 13 juill. 1963, Société nationale pour la vente des scories Thomas, Rec. 439 ; 13 oct. 1967, Ministre des finances c. Sonacotra, Rec. 373.

Sur le régime fiscal des sociétés d'économie mixte, V. J.E. Godchot, Les sociétés d'économie mixte et d'aménagement du territoire, 2e éd. Berger-Levrault, 1966. Sur le régime fiscal des sociétés d'économie mixte gérant un marché d'intérêt national, V. M. de Villiers, op. cit. 136 s. (V. une critique de la doctrine administrative, p. 138 s.).

(7) Le doyen Hauriou applique la notion de réquisition aussi bien aux immeubles et meubles qu'à « l'argent ».

à l'acquisition des biens, découle directement de solutions législatives. Il ne paraît pas utile de les étudier en détail dans cette étude (8).

La réponse aux deux autres doit, dans le silence du législateur, être recherchée dans les solutions jurisprudentielles : c'est à elles seules que seront consacrés les développements qui suivent.

L'application, à l'aménagement ou à la protection des biens des personnes privées intervenant dans l'action administrative, des règles du régime administratif des biens dépend de la question de savoir si leurs travaux peuvent être des travaux publics et leurs biens des dépendances du domaine public.

Cette question est d'autant plus intéressante que la notion de travail public et la notion de domaine public comportent, dans l'une de leurs deux définitions, une référence à la notion de service public.

Conformément à une démarche pratiquée tout au long de cette thèse, il s'agit de rechercher si, dans ces conditions, l'expression a un sens organique ou un sens fonctionnel. Selon qu'elle est utilisée dans l'un ou l'autre sens, l'intervention des personnes privées dans l'action administrative exerce ou non une influence sur le régime juridique des travaux et des biens de celles-ci. Etant donné l'autonomie des notions de travail public et de domaine public, il est possible que la réponse ne soit pas identique dans les deux cas.

---

(8) Comme les personnes publiques, les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont habilitées à recourir à la contrainte pour acquérir l'usage ou la propriété des biens mobiliers ou immobiliers qui sont nécessaires à leur action. En vertu des textes généraux ou particuliers, de nombreuses persnones privées intervenant dans l'action administrative sont, selon le cas, titulaires ou simplement bénéficiaires du droit d'expropriation, de la compétence de réquisition, du droit d'occupation temporaire, du droit de préemption, des servitudes.

Bien que les servitudes ne soient pas toutes relatives à l'acquisition des biens, mais concernent également l'aménagement (travail public) ou la protection des biens (domaine public), notons pour ne plus avoir à y revenir qu'en général les servitudes prévues au profit des personnes publiques bénéficient également aux personnes privées agissant à leur place (en général des concessionnaires de travaux publics).

V. J.M. Auby, Servitudes administratives. Théorie générale, Juriscl. adm. fasc. 390 et Les différentes servitudes administratives, fasc. 392 (refonte par M. Piquemal). Adde M. Piquemal, Droit des servitudes administratives, Préface de J.M. Auby, Berger-Levrault, 1967, et Henriot et Rossillon, Les servitudes de droit privé et de droit public, L'Actualité Juridique, 2e éd. 1969.

V. C.E., 21 avr. 1967, Société civile du mas de Beaud et Arnette de La Charlonny, A.J.D.A. 1967.543, obs. J.L.

A côté des prérogatives figurent des sujétions. Ex. : Avis préalable des commissions de contrôle des opérations immobilières pour les acquisitions d'immeubles par les concessionnaires de services publics ou de travaux publics, les sociétés d'économie mixte à participation majoritaire des collectivités publiques, les caisses ou organismes de sécurité sociale, etc. Cf. a. 7 du décret n° 49.1209 du 28 août 1949.

Parfois même, l'autorisation préalable du ministre est exigée en matière d'acquisitions immobilières (pour l'Association pour la formation professionnelle des adultes, V. arr. du 18 févr. 1966, a. 24).

Aussi convient-il de rechercher quels sont les rapports de la notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative avec, d'une part la notion de travail public, d'autre part la notion de domaine public.

Chapitre I. *La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative dans ses rapports avec la notion de travail public.*

Chapitre II. *La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative dans ses rapports avec la notion de domaine public.*

CHAPITRE I

LA NOTION D'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE DANS SES RAPPORTS AVEC LA NOTION DE TRAVAIL PUBLIC

Au critère traditionnel du travail public (travail immobilier d'intérêt général effectué par une personne publique ou pour son compte), s'est superposé un critère nouveau définissant le travail public par référence à la notion de mission de service public.

Ces deux critères comportent des éléments communs et un élément différent. Les éléments communs (travail, caractère immobilier du travail) ne présentent aucun intérêt particulier dans la perspective d'une confrontation de la notion de travail public et de la notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative. Si ces deux notions ont des points de contact, ce ne peut être que par l'intermédiaire du troisième élément de chacun des critères du travail public, « pour le compte d'une personne publique » dans le critère ancien, « mission de service public » dans le critère récent.

L'étude du premier critère doit permettre d'indiquer si les travaux effectués par une personne privée pour le compte d'une personne publique sont ou non des travaux publics.

Le second critère doit permettre de dire si les travaux effectués par une personne privée pour son propre compte dans le cadre d'une mission de service public sont ou non des travaux publics.

SECTION I

LA NOTION D'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE ET LA NOTION CLASSIQUE DE TRAVAIL PUBLIC.

Ces deux notions présentent un lien très étroit. En un certain sens, on peut dire que la notion d'intervention des personnes privées dans l'action administrative s'intègre entièrement dans la notion de travail public.

Cela résulte directement de la signification de l'expression « pour le compte de » dans la définition traditionnelle du travail public (travail immobilier effectué dans l'intérêt général par une personne publique ou pour le compte de celle-ci). De cette définition, il résulte que ne sont pas considérés comme travaux publics les seuls travaux effectués « par » une personne publique, mais également ceux qui sont réalisés « pour son compte ». Peu importe qui est l'exécutant du travail public pourvu que celui-ci soit effectué pour le compte d'une personne publique (9). Dans la définition classique, le mot « par » s'oppose à l'expression « pour le compte de ». Alors que le terme « par » vise l'exécution du travail public en régie par la collectivité publique elle-même, l'expression « pour le compte de » vise l'exécution du travail public par l'intermédiaire d'une personne privée, concessionnaire ou entrepreneur (10).

La notion d'intervention des personnes privées dans l'action administrative est intégrée dans celle de travail public dans la mesure où l'un des objets, les plus importants quantitativement et les plus anciens, de l'intervention consiste précisément en la participation à l'exécution du service public des travaux publics (11).
En tant qu'elle est une activité d'intérêt général assumée par une personne publique et soumise à un régime exorbitant du droit commun, la réalisation des travaux est une activité de service public, une activité de service public au sens organique dans la mesure où les travaux sont effectués en régie, mais aussi un service public au sens fonctionnel car les travaux publics sont souvent exécutés par des personnes privées.

---

(9) Josse, Travaux publics, R.D.P.A., n° 22.
Il n'en a pas toujours été ainsi, semble-t-il : « les juridictions administratives et surtout judiciaires firent des modalités d'exécution, à certains moments au cours du XIX^e siècle, un élément de la notion de travail public ». M. Gombeaud, La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics de l'an VIII à 1920 th. Rennes, p. 109.
(10) Auby et Ducos-Ader, D.A., n° 303 ; De Laubadère, D.A., tome 2, n° 502.
Il n'est pas question d'étudier ici les modes d'exécution des travaux publics par une personne privée.
V. De Laubadère, D.A., t. 2, n° 528 s., Josse, op. cit. p. 56 s. et p. 182 s.
Sur la concession de travaux publics, V. supra, p. 68 s.
(11) Odent, C.A., p. 348.

Ainsi les travaux de nombreuses personnes privées intervenant dans l'action administrative sont des travaux publics parce que leur participation à la fonction administrative consiste précisément en l'exécution de travaux publics pour le compte des personnes publiques.

Mais ce n'est que dans la mesure où ils sont effectués pour le compte d'une personne publique que ces travaux sont susceptibles de revêtir ce caractère, et de bénéficier d'un régime de droit public (expropriation, occupation temporaire) ou de le subir (responsabilité).

La règle que les travaux exécutés par une personne privée pour son propre compte ne sont pas des travaux publics (12) était incontestée jusqu'à l'arrêt du Tribunal des Conflits, considéré comme faisant application d'un critère nouveau du travail public.

En application de ce critère, qui se superpose au précédent sans le remplacer, les travaux entrepris par une personne privée agissant pour son propre compte peuvent-ils être des travaux publics ?

Section II

LA NOTION D'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE ET LE CRITERE DU TRAVAIL PUBLIC RESULTANT DE L'ARRET EFFIMIEFF.

Selon le Tribunal des Conflits, le législateur en attribuant aux associations syndicales de reconstruction le caractère d'établissements publics,

« a ainsi expressément manifesté son intention d'assigner à ces organismes, dans l'œuvre de reconstruction immobilière, une mission de service public, dans les conditions définies et pour les fins d'intérêt national visées par la loi et le règlement, et, corrélativement, de les soumettre qu'il s'agisse des prérogatives de puissance publique attachées à cette qualité ou des sujétions qu'elle entraîne, à l'ensemble des règles de droit public correspondant à cette mission ; qu'il suit de là que, nonobstant le fait que les immeubles reconstruits ne sont pas la propriété de ces associations qui, aux termes de l'article 39 de la loi du 16 juin 1948, « sont maîtres de l'œuvre jusqu'à réception définitive des travaux », les opérations de reconstruction qui ont lieu par leur intermédiaire, qu'elles intéressent des immeubles appartenant à des particuliers ou des biens de collectivités publiques, constituent des opérations de travail public » (13).

Cette décision fait l'objet de différentes interprétations doctrinales dont aucune n'est tout à fait satisfaisante. Ce n'est qu'après avoir précisé l'interprétation considérée comme correspondant seule

(12) C.E., 10 nov. 1933, Toussaint, Rec. 1037 ; 12 janv. 1951, Bompart, Rec. 15, D. 1951, 256, concl. Guionin.

(13) T.C., 28 mars 1956, Effimieff, Rec. 617 ; A.J.D.A. 1955.II.332, note J.A. ; J.C.P. 1955.II-8786 note Blaevoet ; R.A., 1955.285, note Liet-Veaux ; Long, Weil, Braibant, G.A., n° 101.

aux données du droit positif, qu'il sera possible de dégager les rapports de la notion d'intervention des personnes privées dans l'action administrative et de la notion de travail public résultant de l'arrêt Effimieff.

§ 1 — INEXACTITUDE DES INTERPRETATIONS DOCTRINALES DE L'ARRET EFFIMIEFF.

Selon la première interprétation, est travail public tout travail immobilier (14) effectué « par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public ».

Pour la seconde, le travail public se définit : un travail exécuté « par tout organisme quelconque remplissant une mission de service public ».

A ces deux premières interprétations admettant le caractère novateur de l'arrêt Effimieff, s'oppose une troisième soutenant que cet arrêt se borne à confirmer une jurisprudence acquise.

Aucune de ces trois thèses ne rend exactement compte de l'arrêt Effimieff. La première thèse est sans nul doute, dans l'esprit des auteurs, conforme au droit positif, mais la définition du travail public qu'elle retient risque d'induire en erreur. La deuxième thèse exagère l'extension du champ d'application de la notion de travail public consécutive à l'arrêt Effimieff alors que la troisième minimise cette extension.

A) Inexactitude de la définition du travail public donnée par la majorité de la doctrine.

Selon l'opinion dominante en doctrine, le caractère de travail public doit être reconnu à tout travail exécuté « par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public » (15), ou, dans une définition voisine, à tout travail effectué « par une personne publique pour la réalisation d'un service public » (16).

De la comparaison de cette définition avec la notion traditionnelle du travail public, il ressort que la définition nouvelle ne comporte plus l'élément « pour le compte de ». De fait, pour ces auteurs, l'apport essentiel de l'arrêt Effimieff est que désormais des travaux peuvent se voir reconnaître la nature de travaux publics alors qu'ils ne sont pas effectués pour le compte d'une personne publique, tout en étant réalisés par celle-ci.

L'idée que les travaux peuvent ne pas être effectués pour le compte d'une personne publique est conforme à la décision Effimieff.

---

(14) Dans la suite de ces développements, on sous-entend le caractère immobilier du travail.

(15) De Laubadère, D.A., tome 2, n° 505 ; Odent, C.A., p. 350 ; Long, Weil, Braibant, G.A., p. 124 s.

(16) Auby et Ducos-Ader, D.A., n° 304 s., p. 410.

Ce qui l'est moins, c'est l'utilisation de l'expression « par une personne publique ».

N'est-on pas logiquement tenté de penser que cette expression signifie ici la même chose que dans la définition classique du travail public où elle figure aussi (17), à savoir que les travaux sont exécutés par la personne publique elle-même en régie ? Telle est bien la signification du mot « par » dans la définition classique, où elle s'oppose à l'expression « pour le compte de ». En l'absence d'indications contraires, ne peut-on penser que telle est aussi sa signification dans la définition nouvelle ? Et n'est-on pas confirmé dans cette impression par le fait que la première thèse apporte des précisions restrictives telles que les travaux ne sont des travaux publics « que s'ils sont réalisés par une personne publique » (18), ou bien : dans la définition traditionnelle du travail public, l'accent est mis « sur la destination des travaux » alors que dans la définition nouvelle, il est mis « sur les modalités d'exécution » (19).

Or il serait erroné de croire que dans l'état du droit consécutif à l'arrêt Effimieff les travaux ne peuvent avoir le caractère de travaux publics que s'ils sont exécutés en régie et non par exemple s'ils le sont par une personne privée à l'entreprise (20).

Il résulte en effet de l'arrêt Effimieff lui-même et de la jurisprudence subséquente du Conseil d'Etat, que les travaux qualifiés travaux publics ont en fait toujours été exécutés par une personne privée.

L'arrêt Effimieff ne peut prêter à confusion. Il dit expressément que les opérations de reconstruction sont effectuées, non par les associations de reconstruction, mais « par leur intermédiaire ».

De même, les arrêts du Conseil d'Etat font référence à l'entrepreneur qui exécute les travaux. Toutefois on doit reconnaître que dans le considérant essentiel relatif à la qualification juridique des travaux, le Conseil d'Etat parle d'opérations faites « par la personne publique », alors qu'il résulte par ailleurs de l'arrêt que les travaux sont exécutés non en régie, mais par une personne privée entrepreneur. Ainsi dans l'arrêt Grimouard, le Conseil d'Etat parle d'opérations de boisement ou de reboisement « entreprises par l'administration des Eaux et Forêts » bien que celles-ci soient exécutées par un entrepreneur (21). De même dans l'affaire Mimouni, le considérant essentiel indique qu'une commune remplit une mission de service public lorsqu'« elle exécute » d'office certains travaux, alors qu'en réalité les

(17) Comp. par exemple Auby et Ducos-Ader, n° 303, p. 408 et n° 304, p. 410.

(18) De Laubadère, D.A., tome 2, n° 505, p. 259.

(19) Long, Weil, Braibant, G.A., p. 424.

(20) Et manifestement ce n'est pas ce que pensent les auteurs favorables à la première thèse.

(21) C.E., 20 avr. 1956, Ministre de l'Agriculture c. Grimouard, Rec. 168 ; D. 1956.249, concl. Long. note P.L.J. ; R.D.P. 1956.1085, concl. Long, note Waline ; A.J.D.A. 1956.II.187 et 221, concl. Long et chr. Fournier et Braibant ; R.A. 1956-496, note Liet-Veaux. Long, Weil, Braibant, G.A., p. 428 s.

travaux ne sont pas exécutés « par » la commune en régie, mais par un entrepreneur (22).

Il est ainsi incontestable — et très certainement incontesté — que l'expression « par une personne publique » n'a pas le même sens dans les deux définitions du travail public. Si la première thèse est critiquable ce n'est pas parce qu'elle comporte une inexactitude de fond, mais parce qu'elle utilise une même expression dans deux sens différents sans l'indiquer.

Ces développements présentent de ce fait un caractère négatif et une portée limitée puisqu'ils se bornent à relever une imprécision terminologique. Ils permettent toutefois de montrer que les personnes privées ne sont pas exclues de la définition nouvelle du travail public.

Est-ce à dire que les travaux exécutés par une personne privée dans l'exercice d'une mission de service public présentent le caractère de travaux publics ? La critique de la deuxième thèse permettra de répondre à cette question.

B) Inexactitude de la définition selon laquelle est un travail public, le travail immobilier exécuté par tout organisme quelconque remplissant une mission de service public (23).

Cette deuxième interprétation de l'arrêt Effimieff écarte l'exigence d'une personne publique dans la définition de la notion de travail public. L'indication par le Tribunal des Conflits que les associations syndicales de reconstruction sont des établissements publics serait sans influence sur la qualification des travaux exécutés par leur intermédiaire. La nature publique de ces institutions n'est relevée que pour mieux établir qu'elles sont investies d'une mission de service public. Dans l'arrêt Effimieff cette dernière considération seule compte, indépendamment de la nature juridique des institutions.

Aussi doivent être considérés comme travaux publics non seulement les travaux exécutés par une personne publique dans l'exercice de sa mission de service public, mais aussi « les travaux exécutés par les particuliers en dehors de la direction de l'Administration, dès lors qu'il y a accomplissement d'une mission de service public » (24).

Cette thèse comporte une part de vérité et une part d'erreur. Elle est exacte pour les travaux exécutés par les personnes privées, dans des hypothèses comparables à l'arrêt Effimieff ou à la jurisprudence susvisée du Conseil d'Etat.

Elle est inexacte en ce qu'elle indique que les travaux de tous les organismes privés réalisant une mission de service public sont des

(22) C.E., 12 avr. 1957, Mimouni, Rec. 262 ; D. 1957.413, concl. Tricot, note P.L.J. ; A.J.D.A. 1957.II.272, chr. Fournier et Braibant ; RA. 1957.369, note Brichet ; Long, Weil, Braibant, G.A., p. 436.

(23) Josse, Les travaux publics et l'expropriation, p 22. Mathiot, Cours cité, p. 627. Combarnous et Galabert, A.J.D.A. 1960, p. 92.

(24) Mathiot, cf. note (23).

travaux publics. Dans cette perspective, le régime des travaux publics devrait « s'étendre à une quantité de travaux » exécutés par des personnes privées, et par exemple aux travaux effectués par les sociétés professionnelles et interprofessionnelles d'intervention, les caisses de sécurité sociale, les centres techniques industriels, les groupements de défense contre les ennemis des cultures, etc.

Le droit positif ne consacre nullement pour l'instant une conception aussi extensive de la notion de travail public. Il est possible de le montrer en se plaçant à deux points de vue différents.
D'un point de vue statique, il résulte de la jurisprudence que les travaux effectués par une personne privée, par exemple les caisses de sécurité sociale, ne sont pas des travaux publics bien que réalisés par une institution investie d'une mission de service public (25).
L'importance de l'élément organique apparaît encore mieux, d'un point de vue dynamique, dans des arrêts relatifs à la qualification des travaux d'une personne changeant de nature juridique. Si l'élément organique était sans importance, la qualification des travaux devrait être indifférente à cette transformation. Or tel n'est pas le cas. La transformation d'une personne privée en personne administrative suffit à changer des travaux privés en travaux publics: « dans le cas où une société coopérative de reconstruction se transforme en établissement public, même si elles n'avaient pas à l'origine ce caractère, les opérations dont s'agit sont devenues, du fait de la transformation de la société coopérative de reconstruction, des opérations de travail public » (26). Cette décision du Tribunal des Conflits constitue une condamnation expresse des partisans d'une qualification purement finaliste ou fonctionnelle des travaux (27).

En conséquence si les travaux de certaines personnes privées peuvent être qualifiées de travaux publics en application de la jurisprudence Effimieff, tel n'est pas le cas des travaux de tout organisme quelconque remplissant une mission de service public.

Il convient donc de recherches à quelles conditions les travaux des personnes privées investies d'une mission de service public peuvent être qualifiés travaux publics. Une telle recherche ne peut être menée à bien qu'après l'étude de la troisième thèse. Celle-ci contrairement à celle qui vient d'être étudiée, et qui donne une extension exagérée au contenu de la notion de travail public, minimise l'extension du champ d'application de la notion de travail public découlant de l'arrêt Effimieff.

---

(25) T.A., Orléans, 18 nov. 1955, A.J.D.A. 1956.2.10, obs. J. Montmerle. C.A. Douai, cité supra, p. 189, note 6.

(26) T.C., 25 nov. 1963, Rauby. Rec. 789 ; A.J.D.A. 1964, obs. J. Moreau, et J. Montmerle ; J.C.P. 1964.II.13479, note R.L. Adde T.C., 20 nov. 1961, dame Gimbert de Fallois, Rec. 873.

(27) Aux auteurs cités note (22), Adde Timsit, op. cit., p. 306 s.

C) Inexactitude de la thèse affirmant le caractère non novateur de l'arrêt Effimieff.

Les partisans de cette thèse (28) soutiennent que l'arrêt Effimieff s'explique parfaitement à la lumière de la jurisprudence antérieure. Contrairement à ce qui a été admis jusqu'ici, ils estiment qu'il n'y a pas deux critères du travail public, mais un seul. Ils nient que l'arrêt Effimieff ait entraîné la suppression de l'élément « pour le compte d'une personne publique ». Selon eux, les travaux publics sont toujours des travaux entrepris pour le compte d'une personne publique. Il en est notamment ainsi dans l'arrêt Effimieff. Cette interprétation, qui contredit la première thèse, est *a fortiori* hostile à la deuxième favorable à la suppression de l'élément organique de la notion de travaux publics.

En un certain sens, l'opinion de ces auteurs n'est pas inexacte. Ainsi qu'on l'a constaté, dans l'arrêt Effimieff comme dans les arrêts Grimouard et Mimouni, les travaux qualifiés travaux publics sont réalisés par un entrepreneur agissant après habilitation et sous la direction d'une personne publique qui lui paie directement les travaux effectués, et dont on voit mal, dans ces conditions, pourquoi la situation ne pourrait être analysée comme consistant en une action pour le compte d'une personne publique.

Le commissaire du gouvernement concluant dans l'affaire Effimieff, lui-même n'a-t-il pas attribué un caractère public aux travaux des associations syndicales de reconstruction en se plaçant sur le terrain de la jurisprudence traditionnelle (29), donc en soutenant que l'entrepreneur agit pour le compte de ces établissements publics. De même, M. Long, concluant dans l'affaire Grimouard et demandant si les travaux de boisement et de reboisement sont faits pour le compte d'une collectivité publique, répond : « Oui, sans doute, si on les considère au moment même où ils sont faits ; oui encore si l'on s'attache à l'intérêt qu'ils présenteront à long terme pour la collectivité publique » (30).

N'est-il pas aisé de rejeter la restriction incluse dans l'opinion de M. Long en notant que si la distinction entre le long terme et le court terme peut présenter un intérêt en matière économique, sa valeur paraît contestable dans le domaine juridique, où l'on comprend mal pourquoi une opération considérée comme entreprise pour le compte d'une collectivité publique à un temps t_0 apparaîtrait comme faite pour le compte d'un particulier à un temps t_1.

Et pourtant cette façon de voir est moins inexacte qu'elle paraît l'être de prime abord.

---

(28) P. Migeon, Le contenu de la notion de travail public, th. Alger, 1957, p. 169 s.
G. Ph. Bloch, La notion de travail public, Préface de Ch. Eisenmann, Librairies Techniques, 1965, n° 129, p. 125 s.

(29) Indiqué par M. Long dans ses conclusions sur l'arrêt Grimouard, D. 1956, p. 430.

(30) Eod. loc.

Si l'on peut admettre avec M. Migeon et M. Bloch que les travaux, dans les affaires susvisées, sont effectués pour le compte d'une personne publique, force est de constater avec M. Long et la doctrine quasi unanime que ce n'est pas dans le sens traditionnel de cette expression (31).

Les auteurs affirmant le caractère non novateur de l'arrêt Effimieff paraissent avoir de bons arguments pour réfuter cette critique. La jurisprudence administrative n'a-t-elle pas attribué — dès avant l'arrêt Effimieff — le caractère de travaux publics à des travaux entrepris dans des conditions identiques à celles de cet arrêt.

Une telle réponse est exacte, mais n'est imparable qu'en apparence. Elle est imparable sur le plan qualitatif, mais non sur le plan quantitatif.

La doctrine dans son ensemble admet que des travaux entrepris pour le compte de simples particuliers ont pu être qualifiés travaux publics dès avant 1955. Mlis il ne s'agit que de décisions isolées. Avec l'arrêt Effimieff ce qui n'était qu'une exception de portée limitée devient un principe.

Il paraît donc exact de soutenir que la troisième thèse est critiquable en ce qu'elle utilise l'expression « pour le compte de » dans des sens qui — au moins pour la grande majorité des cas — sont différents, avant et après 1955. Ce faisant, elle minimise la portée de l'extension réalisée par la jurisprudence Effimieff.

Un même reproche peut être fait à la première thèse et à la troisième thèse, c'est de ne faire apparaître dans la définition du travail public qu'un aspect de la réalité.

§ 2 — LA SIGNIFICATION DE L'ARRET EFFIMIEFF.

Ces deux thèses paraissent estimer que l'opération de travail public concerne deux personnes. L'opposition entre les deux thèses s'explique par le fait qu'elles retiennent chacune un protagoniste commun, la collectivité publique, alors que le second est différent. Dans les deux cas il s'agit d'une personne privée, mais alors que la première thèse se réfère à la personne privée destinataire finale des travaux, la troisième vise la personne privée qui réalise les travaux aux lieu et place de la collectivité publique.

Cette seule constatation révèle qu'il y a en fait trois protagonistes et non deux : la collectivité publique qui décide la réalisation des travaux et les fait exécuter par un entrepreneur, l'entrepreneur lui-même agissant sous la direction de la collectivité publique, et la ou les personnes privées bénéficiaires des travaux.

Les deux thèses sont inexactes par leur caractère incomplet. La première néglige de prendre en considération l'entrepreneur, ce qui la conduit à laisser croire, à tort, que les travaux sont effecti-

(31) Id. Cf. Waline, note citée, p. 1064.

vement réalisés par une personne publique. La troisième passe sous silence l'existence des personnes privées bénéficiaires des travaux. Mais chacune analyse correctement les rapports qu'elle prend en considération.

Il est exact conformément à la première thèse que dans les rapports collectivité publique-personne privée bénéficiaire, les travaux ne sont pas exécutés pour le compte de la collectivité publique, mais pour le compte de la personne privée, seule propriétaire et qui supportera en définitive le coût des travaux.

Conformément à la troisième thèse, il est exact que dans les rapports collectivité publique-entrepreneur, celui-ci exécute les travaux pour le compte de celle-là. Des trois solutions théoriquement possibles, c'est la seule conforme à la réalité. On ne peut soutenir en effet, ni que l'entrepreneur agit pour le compte de la personne privée bénéficiaire des travaux — car aucun lien juridique ne le lie à elle — ni que l'entrepreneur agit pour son propre compte. Il ne peut donc agir que pour la collectivité publique qui lui commande les travaux et les lui paie.

C'est faute d'effectuer cette double analyse que les deux thèses actuellement critiquées arrivent à des résultats différents et ne rendent compte, prises séparément, que d'une partie de la réalité.

Pour avoir de celle-ci une image complète, seule conforme au droit positif, il suffit d'en faire la synthèse : Est travail public tout travail immobilier effectué, en régie ou par entreprise, par une personne publique agissant dans le cadre d'une mission de service public.

Conformément à la première thèse, cette définition implique que dans les relations entre collectivité publique et la personne privée bénéficiaire, la collectivité publique agit pour le compte de la personne privée, et, conformément à la troisième, que dans les rapports collectivité publique-entrepreneur, celui-ci agit pour le compte de celle-là. Cette définition se borne en fait à reprendre la présentation de la première thèse en précisant les deux modalités possibles de réalisation du travail public (32), alors que celle-ci pouvait donner à penser que les travaux étaient nécessairement exécutés en régie.

Enfin, la définition retenue n'exclut pas que les travaux puissent être effectués par une personne privée, mais exclut que les travaux puissent être effectués par une personne privée agissant pour son propre compte, même dans le cadre d'une mission de service public. Elle infirme dont la deuxième thèse qui soutient le contraire.

En analysant cette thèse, on a laissé en suspens la question de savoir quels sont les travaux des personnes privées susceptibles de constituer des travaux publics. Il est maintenant aisé de répondre.

---

(32) Il ne paraît pas concevable que des travaux puissent être effectués pour le compte de particuliers selon le procédé de la concession puisque le concessionnaire trouve sa rémunération dans l'exploitation de l'ouvrage construit.

Les travaux des personnes privées même investies d'une mission de service public ne peuvent être des travaux publics que s'ils sont entrepris pour le compte d'une personne publique et non s'ils le sont pour le compte de la personne privée elle-même (33). En d'autres termes, ce n'est que dans la mesure où la mission de service public consiste précisément en la réalisation de travaux publics qu'il est possible de dire, conformément à la deuxième thèse, que sont des travaux publics les travaux exécutés par une personne privée dans l'exercice d'une mission de service public.

Il saute donc aux yeux que dans les relations collectivité publique-entrepreneur qui seules nous intéressent, la définition du travail public découlant de l'arrêt Effimieff présente les mêmes points de contact avec la notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative que ceux découverts dans l'étude des rapports de celle-ci avec la définition classique du travail public. De ce point de vue, il y a donc confirmation de la troisième thèse.

Mais il est juste de reconnaître que la deuxième thèse n'est pas insoutenable en théorie (34). De même que les actes unilatéraux pris par une personne privée dans l'exercice d'une mission de service public et comportant l'utilisation d'une prérogative de puissance publique constituent des actes administratifs indépendamment de toute condition organique, des même ou pouvait penser que puissent constituer des travaux publics, les travaux effectués par une personne privée remplissant une mission de service public.

Cette interprétation a été condamnée en jurisprudence, mais il n'est pas dit qu'elle n'obtienne pas sa revanche. Si l'extension du champ d'application de la notion de travail public doit se poursuivre, c'est dans ce sens qu'elle s'effectuera.

Rien n'interdit de penser qu'un jour le législateur ou le juge ne considèreront pas que, de même qu'un service public est toujours géré par une personne privée pour le compte d'une personne publique, de même des travaux exécutés par une personne privée investie d'une mission de service public le sont pour le compte d'une personne publique.

Le juge administratif pourrait envisager de s'engager dans cette voie au moins toutes les fois que les marchés de travaux d'organismes privés gérant un service public sont soumis aux règles de fond du droit administratif même s'ils ne présentent pas la nature de contrats administratifs (35).

---

(33) Comp. d'une part, C.E., Leduc, Rec. 365, et d'autre part, C.E. 7 nov. 1958, S.A.R.L. Entreprise Eugène Revert, Rec. 541 ; R.D.P. 1959. 596, concl. Heumann ; 18 mai 1960, Epoux Grenet, Rec. 340 ; 31 mai 1967, Société Mancelle d'H.L.M., Rec. 229.

(34) Mme Questiaux, Récents développements de la notion de travail public en tant que critère de compétence du juge administratif E.D.C.E. 1962 p. 75. De Laubadère, D.A., tome 2, n° 505.

(35) Cf. supra, p. 199 s.

V. note J. Gardies sous C.E., 7 nov. 1958, S.A.R.L. Entreprise Eugène Revert, A.J.D.A. 1959.2.196.

Jusqu'ici l'expression travail public a été utilisée dans son sens actif. Elle a aussi un sens passif et signifie alors ouvrage public. La doctrine a montré que les ouvrages appartenant à des personnes privées intervenant dans l'action administrative peuvent avoir la qualité d'ouvrage public, aussi paradoxal que cela puisse paraître (36). On vérifie qu'en cette manière aussi, il n'y a pas de lien nécessaire entre le travail public au sens actif et au sens passif, de même qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre ouvrage public et domaine publlic.

(36) Sur la notion d'ouvrage public appartenant à des personnes privées intervenant dans l'action administrative, V. Auby et Ducos-Ader, D.A., n° 409, p. 529 s. ; de Laubadère, D.A., tome 2, n° 519, p. 272.

Sur l'application du régime juridique de l'ouvrage public aux ouvrages appartenant à des personnes privées, V. Cass. crim. 18 nov. 1927, S. 1929.I.393, note Roux, cité par Auby et Ducos-Ader, n° 410-411, p. 533.

Sur les difficultés d'application de ce régime aux ouvrages publics des personnes privées, V. Auby et Drago, D.A., p. 530.

La notion et le régime juridique de l'ouvrage public appartenant à des personnes privées paraissent être actuellement incertains. Cette incertitude ne peut être qu'augmentée par le fait que le juge administratif n'hésite pas à parler d'ouvrages « appartenant » à une personne privée alors que ces ouvrages sont en fait destinés à revenir à la personne publique en fin de concession, et qu'ils appartiennent donc en fait à celle-ci.

CHAPITRE II

LA NOTION D'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE DANS SES RAPPORTS AVEC LA NOTION DE DOMAINE PUBLIC

Parmi les biens dont disposent les personnes privées pour réaliser leur mission de service public, il est possible d'en distinguer deux catégories, l'une comprenant les biens appartenant à la personne privée elle-même, l'autre les biens appartenant à des collectivités publiques et mis à la disposition des personnes privées.

Cette dernière hypothèse ne doit pas surprendre. Elle est la transposition sur le plan des biens de l'idée selon laquelle les personnes publiques font bénéficier de leurs moyens d'action les personnes privées qui, sous leur haute direction, poursuivent les mêmes buts. De même que les personnes publiques « prêtent » leur personnel aux personnes privées intervenant dans l'action administrative, de même elles peuvent leur prêter leurs biens (37).

D'un point de vue théorique, on aurait pu envisager l'application d'un même régime juridique à ces deux catégories de biens, dans la mesure toutefois où ils sont affectés à un service public. Il eût été parfaitement concevable que des biens n'appartenant pas à une personne publique, mais néanmoins affectés à un service public puissent — à raison du but poursuivi — bénéficier du régime protecteur de la domanialité publique. Dans cette hypothèse, le critère du domaine public eût été finaliste et la notion fonctionnelle de service public eût développé les mêmes effets qu'elle exerce en d'autres matières du droit administratif.

---

(37) Tel est notamment le cas dans l'hypothèse de la régie intéressée et de l'affermage. Cf. supra, p. 70, note 88.

V. par ex. le décret n° 759 du 1er sept. 1967 relatif à la mise à la disposition des S.A.F.E.R. et des organismes prévus à l'article 9 du 24 mai 1951 d'immeubles appartenant à l'Etat, aux collectivités et établissements publics, J.O. 8 sept., p. 9058.

Autre ex. : des immeubles appartenant à l'Etat sont loués à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes moyennant le versement d'un loyer annuel fixé à la somme symbolique de 10 francs, en vue de l'installation des centres de formation professionnelle des adultes.

Le droit positif consacre-t-il une telle solution ? Une réponse négative s'impose.

Le critère organique conserve toute sa valeur pour la qualification des biens et oblige à prendre en considération la nature publique ou privée de leur propriétaire (38).

Le régime de la domanialité publique n'est pas applicable aux biens appartenant aux personnes privées intervenant dans l'action administrative. Un tel principe résulte *a contrario* de la présence d'un élément organique dans la notion de domaine public. Pour qu'un bien puisse faire partie du domaine public, il faut qu'il appartienne à une collectivité publique. Pour trouver des exceptions à ce principe, il faut remonter au début du XIX^e^ siècle (39), et encore peut-on faire remarquer qu'à cette époque la distinction du domaine public et du domaine privé n'est pas parfaitement établie. En droit positif, le principe ne paraît pas connaître d'exception.

Si des doutes peuvent exister, ils ne portent pas sur l'existence ou la portée du principe, mais sur la question de savoir si, en certaines hypothèses, un bien donné appartient à une personne publique, auquel cas il pourra, s'il remplit les autres conditions, constituer un bien du domaine public, ou à une personne privée, auquel cas une telle solution est exclue.

Les hésitations sont d'autant plus permises que les personnes privées intervenant dans l'action administrative procèdent souvent, en vue de la gestion du service public qui leur est confié, à l'acquisition de biens qui, contrairement à ce que l'on pourrait croire, sont destinés à entrer non dans leur patrimoine, mais dans celui de la collectivité publique pour le compte de laquelle ils ont été en réalité acquis.

En outre, on l'a dit plus haut, les personnes publiques mettent souvent à la disposition des personnes privées participant à l'action administrative des biens qu'elles possèdent ou qu'elles ont directement acquis en vue de les confier à la personne privée exploitant le service public.

Est-ce que dans ces hypothèses, et c'est le deuxième aspect du problème posé, ces biens, appartenant à une personne publique qui les confie à une personne privée, font ou non partie du domaine public ?

---

(38) Cf. C.E., 13 mai 1964, Dlle Eberstarck, Rec. 288, A.J.D.A. 1964.485, note A. de Laubadère.

Dans cette étude, il n'y a lieu de s'interroger, ni sur la question de savoir si les collectivités publiques territoriales sont seules susceptibles d'avoir un domaine public à l'exclusion des établissements publics [Odent C.A., p. 361, Dufau, Le domaine public, Juriscl. adm. fasc. 405-1, n° 8 (1967)], ni sur la nature du droit des personnes publiques sur le domaine (V. A. de Laubadère, Domanialité publique, propriété administrative et affectation, R.D.P. 1950, p. 16 s.).

(39) Cf. les canaux concédés à perpétuité. V. un jugement décidant qu'un canal concédé à perpétuité bien qu'appartenant à un particulier n'en constitue pas moins une dépendance du domaine public, cité par R. Pelloux. La notion de domaniabilité publique depuis la fin de l'ancien droit, th. Grenoble, 1932, p. 256.

Tout dépend de savoir si les éléments non organiques de la notion de domaine public, qui entraînent la domanialité publique des biens lorsque la personne publique en dispose, continuent d'avoir les mêmes effets lorsque s'interpose, entre l'usager (du service ou de l'ouvrage) et la personne publique propriétaire du bien, une personne privée intervenant dans l'action administrative.

A la vérité le problème que l'on a volontairement jusqu'ici posé en termes généraux se pose en fait seulement par référence à l'un des deux critères actuels du domaine public, celui définissant le domaine public comme comprenant les biens affectés à un service public (40), par opposition au critère définissant le domaine public par l'affectation des biens à l'usage direct du public (41) : Est-ce que des biens (appartenant à une personne publique) affectés à un service public géré par une personne privée sont ou non soumis au régime de la domanialité publique ?

La réponse dépend de savoir si dans le critère définissant le domaine public par l'idée d'affectation à un service public, l'expression service public est utilisée dans un sens organique ou dans un sens fonctionnel. Cette question est celle-là qui est posée tout au long de cette étude chaque fois qu'un texte législatif ou un critère jurisprudentiel attache un effet discriminatoire à la notion de service public.

Une telle question doit être posée systématiquement car la réponse donnée dans un cas ne vaut pas dans un autre. Bien plus la même expression peut parfois être utilisée dans des sens différents. Ainsi pour la notion d'affectation à un service public. Elle a été interprétée dans un sens organique à propos de la loi du 4 frimaire an 7 (art. 5 al. 2) (42). Elle a reçu un sens fonctionnel dans l'ordonnance n° 45.2062 du 8 septembre 1945 relative à la réparation des dommages aux biens affectés à un service public. Les biens affectés à un service public au sens de cette ordonnance ne sont pas seulement les biens affectés à un service géré directement par une personne publique, mais aussi les biens « affectés à un service public exploité sous le régime de la régie intéressée, de la concession, de l'autorisation ou de la permission de voirie » (article 1er, al. 2).

Dans quel sens est utilisée la notion de service public dans l'expression « affectation à un service public », considérée comme critère de la domanialité publique ?

La réponse ne fait pas de difficulté. La notion de service public est prise dans un sens fonctionnel.

Si les biens, même affectés à un service public, appartenant aux personnes privées ne font jamais partie du domaine public, les

(40) On sous-entend dans cette étude la condition d'aménagement spécial, lorsque toutefois elle est exigée.

(41) Sur la notion de domaine public, V. P. Sandevoir, La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public, A.J.D.A. 1966, p. 84 s.

(42) V. supra, p. 116, note 135.

biens appartenant aux personnes publiques et affectés à un service public même géré par une personne privée constitutent des dépendances du domaine public.

Une telle solution découle directement de l'article 1er de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer en ce qui concerne ces derniers, qui constituent le principal exemple de biens affectés à un service public géré par une personne morale de droit privé. Cet article dispose : « Les chemins de fer... concédés par l'Etat font partie de la grande voirie ». Avant même que les critères actuels de domaine public ne fussent dégagés, il ne faisait pas de doute que le domaine du chemin de fer faisait partie du domaine public, notamment dans ses éléments « concédés ». Depuis, le juge administratif a eu l'occasion à de très nombreuses reprises d'appliquer au domaine du chemin de fer le critère de l'affectation au service public. Une jurisprudence abondante a fixé la consistance du domaine public du chemin de fer en indiquant que tel bien affecté au service public du chemin de fer est par nature un bien du domaine public (43), ou fait l'objet d'un aménagement spécial (44), ou bien inversement refuse le caractère de dépendance du domaine public du chemin de fer à des biens qui, soit ne sont pas affectés au service public (45), soit, tout en était affectés au service public, n'ont « reçu aucun aménagement pour l'adapter à ce service » (46).

Bien que les décisions jurisprudentielles en ce sens soient rares, il ne fait pas de doute que l'application du critère de l'affectation à un service public ne vaut pas seulement pour le domaine public « concédé » (47). Le critère de l'affectation à un service public doit jouer même si le service public est exploité selon une modalité autre que la concession de service public, à condition bien entendu que les éléments précisant ou restreignant le champ d'application d'application du critère de l'affectation soient réunis (48).

---

(43) V. Dufau, Juriscl. adm. fasc. 4051, n° 14 (1967).
C.E., 29 mars 1957, Roger, Rec. 223, A.J.D.A. 1957.II.205, concl. Grévisse.

(44) Dufau, Juriscl. adm., fasc. 4052, n° 50 et 51 (1967). C.E., 5 fév. 1965, Sté Lyonnaise de Transports, Rec. 76, R.D.P. 1965.493, concl. Bertrand.

(45) C.E., 13 juin 1951, Desthieux, Rec. 330 ; 30 oct. 1953, S.N.C.F., Rec. 463.

(46) Dufau, id., n° 52.
C.E., 21 déc. 1956, S.N.C.F., Rec. 492 ; A.J.D.A. 1957.II.55, concl. Heumann ; 20 juin 1958, Prache, Rec. 762.

(47) Sur l'affectation d'immeubles aux services publics concédés, V. M. Duverger, L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics. Etude théorique et pratique, th. Bordeaux, 1940, j. 173 s.

(48) Comme exemple de biens appartenant au domaine public en tant qu'ils sont affectés à un service public (géré par une personne morale de droit privé) et spécialement aménagés à cet effet, V. avis du C.E. du 5 juin 1962, cité par M. de Villiers, op. cit. annexe 6, p. 369 (3e point), et T.A. Toulouse, 14 avril 1967, Sansano, id., p. 260, relatifs aux sociétés d'économie mixte gérant un marché d'intérêt national.
Cf. concl. Bertrand sur C.E., 27 févr. 1965, Société du Vélodrome du Parc des Princes, R.D.P. 1965, p. 510 s.
V. aussi A.H. Mesnard, Le statut juridique des maisons de la culture et des maisons de jeunes et de la culture, A.J.D.A. 1969, p. 417-418.

Comme on le constate dans d'autres domaines du droit administratif, lorsqu'il y a lieu d'appliquer aux personnes privées une notion du droit administratif, celles-ci sont soumises dans les mêmes conditions qu'une personne publique aux conséquences juridiques qu'entraîne la notion. Ainsi en matière de domanialité publique. La protection des biens qui résulte de cette qualification (49), « inaliénabilité » (50), protection pénale (51), servitudes (52) s'applique intégralement aux biens affectés à un service public géré par une personne privée (53).

*
* *

(49) Le problème se pose aussi de savoir si les personnes privées intervenant dans l'action administrative bénéficient du privilège des personnes publiques consistant en l'impossibilité de les soumettre à des procédures destinées à les contraindre à exécuter leurs obligations. Dans la mesure où l'immunité quant aux voies d'exécution est un privilège attaché au caractère public des personnes, elle doit être refusée aux personnes privées même investies d'une mission de service public, bien qu'une telle solution méconnaisse le principe de continuité du service public. C'est en ce sens néanmoins que se prononce la doctrine, en se plaçant d'un point de vue théorique. En pratique il y a des limites, notamment pour les personnes morales de droit privé « fictives » (Sur la possibilité théorique et les difficultés pratiques d'appliquer les voies d'exécution aux sociétés d'économie mixte, V. R. Tagand, op. cit., p. 174-175). Sur l'assujettissement aux voies d'exécution ordinaires des caisses de sécurité sociale et notamment sur la saisie-arrêt des sommes dues par une caisse, V. d. 29 avril 1947, art. 7. Sur l'opposition par une commune à une saisie-exécution opérée sur les biens d'une société concessionnaire ayant fait l'objet d'une déchéance, V. Cass. civ., 26 mai 1965, Sté Marseillaise de Crédit c/ Ville de Toulon, C.J.E.G. 1966, p. 277 (Cet arrêt est simplement confirmatif de l'idée que les biens concédés ne sont pas susceptibles d'être saisis, et ce, moins parce qu'ils sont affectés à un service public que parce qu'ils appartiennent à une persone publique).

Si l'on admet — mais cela n'est pas conforme au droit positif — que le fondement de l'insaisissabilité réside dans le principe de continuité du service public, il est alors possible de faire bénéficier du privilège les personnes privées intervenant dans l'action administrative. V. Jacquignon, L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics, A.J.D.A. 1958, p. 71 s.

(50) Une usine devant être remise à l'autorité concédante en fin de concession ne peut faire l'objet d'une vente sans autorisation régulière. Cf. C.E., 1er mars 1929, Soc. des transports en commun de la région toulousaine (2e espèce), S. 1929.III.76, note Mestre.

(51) Si la loi du 15 juillet 1845 donne aux agents des compagnies de chemin de fer (auxquelles s'est substituée la S.N.C.F.) le droit de constater les contraventions, aucun de ses articles n'attribue aux concessionnaires eux-mêmes le droit de poursuivre (Jurisprudence constante depuis C.E., 12 janv. 1850, Compagnie du chemin de fer de Rouen au Havre, Rec. 40 ; 12 mai 1853, Chauvin, Rec. 517 ; 30 oct. 1951, Ministre des Travaux Publics, Rec. 510.

(52) Cf. supra, note (8).

(53) Les personnes privées sont susceptibles de bénéficier de « tous les autres droits attachés à la domanialité publique » (Cf. art. 6 du décret-loi du 31 août 1937). Sur le droit exclusif de jouissance du concessionnaire, cf. C.E., 23 oct. 1963, S.N.C.F., Rec. 497, R.D.P. 1963.119) concl. Braibant, A.J.D.A. 1964.II.32), note Laporte. Dufau, Utilisations du domaine public ferroviaire, Juriscl. adm., fasc. 408-1, n° 34 s. Malgré le caractère très général de l'affirmation, les pouvoirs de police sont limités. Cf. supra, p. 107, note 93, Adde Dufau, op. cit., n° 75.

En résumé, le juge administratif traite de la même manière les travaux et les biens des personnes privées intervenant dans l'action administrative.

Les travaux entrepris par une personne privée pour son propre compte même dans l'exercice d'une mission de service public, les biens appartenant à une personne privée même s'ils sont affectés à un service public ne sont pas régis par le droit des travaux et des biens administratifs. Ils ne constituent pas des travaux publics ni des dépendances du domaine public. L'exercice d'une mission de service public est de ce point de vue sans effet aucun. Ces solutions actuelles ne sont d'ailleurs pas nécessairement définitives.

En revanche, si les travaux sont effectués pour le compte d'une personne publique, si les biens sont acquis pour le compte d'une personne publique, alors la notion de service public au sens fonctionnel entraîne la soumission à un régime exorbitant du droit commun.

L'étude du régime juridique des biens des personnes privées intervenant dans l'action administrative peut présenter un dernier intérêt qui ne se situe pas sur le plan du régime juridique lui-même, mais sur le plan de la notion d'intervention des personnes privées dans l'action administrative. Les textes (législatifs, réglementaires, conventionnels) ou les statuts d'organismes privés participant à l'action administrative contiennent souvent une disposition selon laquelle les bien des personnes privées sont dévolus à l'Etat ou à une autre personne publique ou privée poursuivant les mêmes buts, lorsque celle-ci cessera de participer à l'exercice de la fonction administrative (54). Une telle disposition constitue souvent un indice de l'intervention dans l'action administrative de la personne privée intéressée.

Dans le cas où une personne publique « succède » à une institution privée, elle recueille non seulement les éléments de l'actif, mais aussi ceux du passif. A ce titre, entre autres, elle peut être conduite à répondre des dommages causés ou des dettes contractées par la personne privée disparue.

---

(54) Sur les différentes modalités de cessation de l'intervention dans l'action administrative, V. supra, p. 84, note (149). Comme exemples de textes réglant la dévolution des biens, V. art. 5 du décret du 11 janvier 1949 relatif à la formation professionnelle accélérée (dévolution dans les conditions fixées par le ministre au nouvel organisme gestionnaire ; le surplus est remis à l'administration des domaines qui procèdera à l'aliénation). A propos des S.A.F.E.R., cf. art. 1er de l'ordonnance n° 67.824 du 23 septembre 1967 complétant le troisième aliéna de l'article 15 de la loi n° 60.808 du 5 août 1960.

A propos de l'Association nationale de développement agricole, art. 16 du décret n° 68-395 du 30 avril 1968 (En cas de dissolution de l'A.N.D.A., les immobilisations acquises au moyen de subventions de l'Etat sont dévolues automatiquement à ce dernier).

De même, dans le cas de dissolution d'un organisme chargé de percevoir ou de gérer une taxe parafiscale, le patrimoine acquis au moyen de la taxe revient au Trésor (ou à un organisme poursuivant un objet semblable à celui pour lequel la taxe avait été instituée).

TITRE IV

LA RESPONSABILITE

Le particularisme, au sein des personnes privées en général, des personnes privées intervenant dans l'action administrative doit, en matière de responsabilité, être recherché dans deux directions différentes, l'une correspondant à l'idée de puissance publique, l'autre à l'idée de service public.

En tant qu'elles sont titulaires ou bénéficiaires de prérogatives de puissance publique, on peut penser que les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont tenues de répondre des dommages qu'elles causent dans l'exercice de ces activités devant le juge administratif selon des règles exorbitantes du droit commun. C'est un problème de compétence, celui de la responsabilité administrative des personnes privées.

En tant qu'elles gèrent un service public, on doit se demander dans quelle mesure les dommages qu'elles causes dans l'exécution de celui-ci sont de nature à engager la responsabilité de la personne publique pour le compte de qui le service est géré. C'est un problème de fond, celui de la responsabilité de la puissance publique du fait de l'activité dommageable des personnes privées intervenant dans l'action administrative.

Responsabilité administrative des personnes privées, responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées, tels sont les deux traits exorbitants du droit commun susceptibles de caractériser le régime de la responsabilité des personnes privées intervenant dans l'action administrative. Il importe de rechercher dans quelle mesure le droit positif les consacre (1).

Chapitre I. — *La responsabilité administrative des personnes privées.*

Chapitre II. — *La responsabilité de la puissance publique du fait de l'activité dommageable des personnes privées.*

(1) Dans certains cas, il y a à la fois responsabilité administrative des personnes privées et responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées. Ces hypothèses sont en principe ventilées et traitées dans chacun des deux chapitres selon l'aspect concerné.

CHAPITRE I

LA RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE DES PERSONNES PRIVEES

L'activité juridique ou matérielle des personnes privées intervenant dans l'action administrative peut être la source de dommages. La responsabilité engagée à cette occasion doit-elle être recherchée selon les règles du droit commun ou selon les règles exorbitantes du régime administratif.

Pour la responsabilité, comme pour les autres aspects du régime juridique, la réponse est nuancée. Le contentieux de l'indemnité est le siège d'une tension dialectique entre la nature juridique privée des auteurs du dommage qci commande l'application du droit commun, et la nature de leur activité qui peut impliquer la soumission à un régime dérogatoire au droit commun. Ici aussi, cette tension se résoud par un compromis, c'est-à-dire par la soumission à un régime mixte, dont il est difficile de résumer le contenu par une formule synthétique.

Selon M. Waline, « la juridiction administrative ne connaît pas des actions dirigées contre les personnes morales de droit privé, même chargées d'une mission de service public » (2). Pour M. Odent, au contraire, « la responsabilité qu'encourent les personnes ou organismes privés à raison des dommages causés par les services publics dont la gestion leur est confiée, ne peut être appréciée que par le juge administratif et que sur le fondement du droit public. La nature publique du service auteur du dommage prévaut sur le caractère privé... de l'organisme considéré... » (3).

Prises séparément, ces deux propositions divergentes sont l'une et l'autre contraires au droit positif, mais prises ensemble, elles rendent compte de celui-ci, tout autant que l'on considère la règle énoncée par M. Waline comme correspondant à un principe, et la règle énoncée par M. Odent comme une exception. Aux exceptions à l'incompétence du juge administratif, il y a des exceptions qui ramènent au principe.

---

(2) Waline, D.A., 1969, n° 1018, p. 533.

(3) Odent, C.A., p. 1014. Pour ne pas déformer la pensée de M. Odent, il convient d'indiquer que, malgré le caractère très général de l'affirmation, l'auteur vise en fait les faits les seuls organismes privés dont la responsabilité est appréciée par la jurisprudence administrative.

Section I

LE PRINCIPE : INCOMPETENCE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

Le principe jurisprudentiel selon lequel les tribunaux administratifs sont incompétents pour apprécier la responsabilité des personnes privées ne vaut pas seulement pour les personnes privées en général (4), mais aussi pour la minorité d'entre elles qui interviennent dans l'action administrative. Pour celles-ci, il est vrai, la portée du principe est moins absolue (5).

Sur l'existence du principe, l'accord est unanime entre les deux ordres de juridiction et le Tribunal des Conflits.

Pour celui-ci, l'existence du principe résulte de la méthode même qu'il utilise. Lorsqu'une action en responsabilité est dirigée contre une personne morale de droit privé, il adopte une méthode d'analyse strictement formelle : De ce qu'une institution a une forme de droit privé, il en déduit comme conséquence nécessaire la compétence des tribunaux judiciaires.

Déjà utilisée dans une décision antérieure, ainsi que l'a montré M. Rivero (6), cette méthode d'analyse formelle est consacrée avec éclat dans une affaire connue de l'opinion publique et relative aux dommages causés par le bruit des avions de la Compagnie Air-France. A l'occasion des actions en responsabilité engagées contre celle-ci, il décide, dans un considérant à allure de considérant de principe, « que ces demandes, dirigées contre une société d'économie mixte, personne morale de droit privé, relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire » (7). « Il a suffi au Tribunal des Conflits de constater que

(4) Dans cette hypothèse, le principe s'applique que le demandeur soit une personne privée (V. Auby et Drago, C.A., t. 1er, n° 345, 1°, n° 345, 1°, 2°, 3°, p. 358), ou une personne publique (Id., n° 347, p. 362 et notamment C.E., 1er avril 1955, Cie La Paternelle et Papin, Rec. 195 : « En l'absence d'une disposition législative spéciale, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des litiges relatifs à la responsabilité des particuliers à l'égard de la puissance publique »). Sur ce dernier point, adde, C.E., 30 oct. 1964, Commune d'Ussel, Rec. 501, A.J.D.A. 1964.II.706, concl. Fournier ; 27 nov. 1968, Commune de Cournon-d'Auvergne, G.P. 1969.I.202.

(5) Les développements qui suivent visent l'hypothèse où le préjudice est causé à une personne privée. Lorsqu'il est causé à une personne publique, la doctrine paraît admettre la compétence du juge administratif. V. Auby et Drago, C.A., n° 348, p. 364 ; Fournier, conclusions citées note (4). Tel est le cas en matière d'actions récursoires, cf. infra, p. 326. En dehors de celle-ci, la compétence est judiciaire. Cf. T.C., 2 mars 1970, Communes riveraines de l'Aéroport d'Orly et Duchemin, J.C.P. 1970.II.16325 (L'action engagée par une commune contre Air-France et d'autres compagnies de navigation aérienne, dirigée exclusivement contre des personnes morales de droit privé, relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire).

(6) T.C., 28 mars 1955, Confédération générale des petites et moyennes entreprises, Rec. 616 ; J.C.P. 1955.II.8971, note Rivero.

(7) T.C., 27 janv. 1964, Sté E.R.V.E., Rec. 789 ; R.G.A.E. 1914, p. 50 et s., concl. Gégout, obs. Ch. de Chaisemartin et L. Labbé, note Goy ; A.J.D.A. 1964.II.170, chr. Fourré et Mme Puybasset, p. 153. Adde T.G.I. Nice, 9 déc. 1964, D. 1965, p. 222 s., note F. Derrida, et Cass. civ., 8 mai 1968, J.C.P. 1968.II.595, note de Juglart.

les actions... étaient dirigées contre une personne morale de droit privé pour en conclure à la compétence judiciaire, sans qu'il fût besoin de qualifier la nature juridique du service assuré par Air-France (8).

La règle n'est pas affirmée d'une manière aussi générale par les deux ordres de juridictions, mais son application fréquente, bien que souvent implicite, permet d'établir par la répétition des espèces ce qui dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits résulte d'une déclaration de principe.

Un arrêt récent du Conseil d'Etat vient de la confirmer en ces termes : « La Société de Patronage... bien qu'elle participe à l'exécution du service public de l'éducation surveillée est une personne morale de droit privé dont la responsabilité ne saurait être appréciée que par les juridictions de l'ordre judiciaire » (9). On ne saurait dire précisément si ce considérant se borne à faire une application du principe de l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre les personnes privées même investies d'une mission de service public, au bien s'il énonce ce principe d'une manière très générale. Il n'y aurait eu aucun doute dans le cas d'une rédaction différente, par exemple : considérant que la société... bien qu'elle participe à l'exécution d'un service public est une personne morale de droit privé ; que, dès lors (ou, en conséquence) sa responsabilité ne saurait être apprécié que par les juridictions de l'ordre judiciaire.
Quelle que soit la portée réelle de cet arrêt, l'existence du principe de l'incompétence des tribunaux administratifs ne saurait faire de doute (10). Elle est confirmée par la jurisprudence des tribunaux judiciaires.

Si parmi ceux-ci, on constate, en ce domaine comme en d'autres, certains flottements au sein des juridictions inférieures (11), la Cour de Cassation tient la main à ce que le principe soit respecté (12).

---

(8) Fourré et Mme Puybasset, chr. citée note (7).

(9) C.E., 19 déc. 1969, Etablissements Delannoy, R.D.P. 1970.787, Concl. Grévisse, R.D.P. 1970.1220, note Waline ; A.J.D.A. 1970, p. 125, Chr. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, p. 99 ; note Garrigou-Lagrange, D. 1970.447.

(10) C.E., 3 mars 1924, Thudot, Rec. 242 ; 17 avril 1943, Dal'Osso, Rec. 178 ; 26 fév. 1954, Combeau, Rec. 132, A.J.D.A. 1954.II.133 ; R.D.P. 1954.857 ; 19 mai 1954, Saint-Chamarand, A.J.D.A. 1954.II.278 ; 12 fév. 1960, Kampmann, Rec. 107. T.A. Lille, 1er mars 1956, Caisse d'allocations familiales d'Arras, A.J.D.A. 1956.II.232 ; T.A. Marseille, 12 juill. 1957 ; Cie d'Assurances Rhône-Méditerranée, Rec. 772.

(11) Rouen, 13 déc. 1955, Sté Jules Roy, J.C.P. 1956.II.9027, concl. Charbonnier.

Trib. civ. Seine, 10 déc. 1957, V. C.A. Paris, 12 mai 1959, D. 1960.305, note Savatier.

(12) A propos des fédérations départementales de chasseurs, Cass. civ., 26 juin 1953 (D. 1953.597) et 1er avril 1954 (D. 1954.437) ; des Caisses de sécurité sociale ou d'allocations familiales, Cass. civ., 26 janv. 1959 (Bull. I, n° 52, p. 43), Cass. soc., 5 avril 1965 (Bull. IV, n° 246, p. 201), 2 mai 1968 (Bull. IV, n° 220, p. 186), 17 déc. 1968 (Bull. V. n° 600 et 601, p. 498) ; d'une Union régionale de société de secours mutuels, Cass. civ., 26 fév. 1965 (Bull. II, n° 210, p. 147) ; d'un syndicat d'initiative, Cass. civ., 3 déc. 1968 (J.C.P. 1969.II.15 787, note R.L.) ; d'une société d'économie mixte, Cass. civ. 26 nov. 1963 (J.C.P. 1964.II.13 518, note P.M.F. Durand) ; d'Associations régionales pour la sauvegarde de l'enfance, Cass. crim., 20 févr. 1964 (J.C.P. 1965.II.14 330, obs. Combaldieu).

Dans ce qui précède on visait plus particulièrement la responsabilité extra-contractuelle. En matière de responsabilité contractuelle, la question de la responsabilité ne constitue qu'un simple aspect du contentieux du contrat. Le principe de l'incompétence des tribunaux administratifs découle ici directement de ce que, sauf exceptions limitées, les contrats conclus entre personnes privées ne peuvent avoir un caractère administratif (13).

Le juge judiciaire a ainsi une compétence de principe pour connaître des actions en responsabilité contre les personnes privées intervenant dans l'action administrative, que ces actions soient intentées par leurs agents, les usagers du service ou les tiers (14).

L'affirmation selon laquelle « La juridiction administrative ne connaît pas des actions contre les personnes morales de droit privé même chargées d'une mission de service public » (15) est donc exacte, mais seulement à condition de la considérer comme un principe comportant des exceptions.

Section II

LES EXCEPTIONS : LES CAS DE COMPETENCE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Ce n'est qu'à titre d'exception que « la responsabilité qu'encourent les personnes ou organismes privés à raison des dommages causés par les services publics dont la gestion leur est confiée ne peut être appréciée que par le juge administratif et que sur le fondement du droit public » (16).

Les principales de ces exceptions (17) sont visées dans différents articles du décret du 23 novembre 1953 sur la réforme du contentieux.

---

(13) V. supra, p. 188 s. et p. 208 s. (agents). La règle s'applique aussi aux usagers du service, et ce d'autant plus que la plupart des services gérés par les personnes privées ont un caractère industriel et commercial.

(14) Cette compétence des tribunaux judiciaires, en entraînant l'application du droit privé, limite plus qu'elle ne le serait si les tribunaux administratifs étaient compétents, l'admission d'une responsabilité sans faute.

V. cependant la tentative de certains tribunaux d'admettre — en dehors des lois spéciales instituant une responsabilité pour risque [Ex. note (7) à propos de la Compagnie Air-France] — la responsabilité sans faute des personnes privées (A propos de la responsabilité des associations régionales de sauvegarde de l'enfance du fait des dommages causés par les enfants qui leur sont confiés). Trib. enf. Poitiers, 22 mars 1966, Rev. trim. de droit san. et soc. 1966, p. 262, note E. Alfandari, qui pose cette question : « Ce que la jurisprudence administrative a pu faire en l'absence de textes, est-il au pouvoir de la jurisprudence civile de l'imiter ? ».

(15) Cf. note (2).

(16) Cf. note (3).

(17) Aux exceptions concernant les personnes privées intervenant dans l'action administrative, il convient d'ajouter des exceptions visant des personnes privées qui ne sont pas dans ce cas (concessionnaires de mines, associations cultuelles). Sur ces points, V. Auby et Drago, C.A., tome 1er, n° 346. Adde à propos des litiges concernant l'indemnité due par les concession-

En dehors de l'article 14 visant les « agents ou employés de la Banque de France », l'article 16 est l'article fondamental (18). Relatif aux « actions en responsabilité fondées sur une cause autre que la méconnaissance d'un contrat ou d'un quasi-contrat et dirigées contre... les organismes privés gérant un service public », il précise le tribunal administratif territorialement compétent :

« 1° Lorsque le dommage invoqué est imputable à une décision... » ;

« 2° Lorsque le dommage invoqué est un dommage de travaux publics ou est imputable soit à un accident de la circulation, soit à un fait ou à un agissement administratif » ;

« 3° Dans tous les autres cas... ».

A elle seule, cette dernière hypothèse montre que la compétence de la juridiction administrative ne se limite pas aux cas indiqués à l'article 14 ou à l'article 16-1° et 2°.

De même, il serait inexact d'interpréter l'exclusion, par l'article 16, des actions en responsabilité fondées sur une cause autre que la méconnaissance d'un contrat ou d'un quasi-contrat, comme signifiant l'incompétence radicale de la juridiction administrative en ce domaine. L'étude consacrée aux contrats a montré qu'exceptionnellement des contrats conclus entre deux personnes privées peuvent être des contrats administratifs. Les questions de responsabilité relatives à de tels contrats n'étant qu'un aspect particulier du contentieux de ces actes, elles doivent donc être portées devant le juge administratif. Si la doctrine ne cite jamais les articles susvisés, et notamment l'article 16, lorsqu'elle traite des litiges de plein contentieux entre personnes privées, cela ne doit pas surprendre car le décret de 1953 se borne à rappeler des règles acquises, dès avant son adoption, par voie législative ou par voie jurisprudentielle.

Pas plus que la précédente section n'a étudié la responsabilité en droit privé, la présente section ne vise à étudier le régime de la responsabilité administrative. Cette position est justifiée dans la mesure où le régime appliqué aux personnes privées ne présente pas de spécificité par rapport à celui des personnes publiques. Ces développements ont pour seule ambition d'indiquer les cas de compétence de la juridiction administrative et de rechercher s'ils correspondent ou non à l'application d'une même idée.

---

naires de mines, C.E., 13 mars 1914, Compagnie des mines Wimy, Rec. 355 ; 26 mars 1918, Vernières, Rec. 332 ; 30 nov. 1956, de Kainlis, Rec. 638. Contrairement à ce qui est indiqué, les contestations relatives à l'indemnité due aux propriétaires subissant des dommages du fait des servitudes établies autour de certains aérodromes privés relèvent non des tribunaux administratifs, mais des tribunaux judiciaires, Cf. L. 4 juill. 1935, art. 9, al. 3, J.O., 9 juill., p. 7324.

(18) L'article 16 bis concerne en fait les actes des personnes publiques ayant trait à l'organisation ou au fonctionnement d'organismes privés (contrôle administratif, tutelle).

Une classification commode pour présenter un catalogue des exceptions au principe est celle qui distingue selon que la responsabilité résulte d'un dommage se rattachant à un acte juridique ou d'un dommage causé par des opérations matérielles.

Sous-Section I. — *RESPONSABILITE RESULTANT DES DOMMAGES CAUSES PAR DES ACTES JURIDIQUES OU PAR LA RECONNAISSANCE D'UNE OBLIGATION S'Y RATTACHANT.*

Il y a deux cas de compétence de la juridiction administrative en matière de dommages se rattachant à des actes juridiques des personnes morales de droit privé : d'une part la responsabilité du fait de leurs décisions unilatérales présentant un caractère administratif, d'autre part la responsabilité engagée par la violation d'une obligation contractuelle lorsque leurs contrats conclus avec d'autres personnes privées sont des contrats de droit public.

§ 1 — DOMMAGES AYANT LEUR ORIGINE DANS LES ACTES ADMINISTRATIFS UNILATERAUX DES PERSONNES PRIVEES.

La constatation, faite plus haut à propos du contentieux de la légalité, de l'uniformité du régime juridique de l'acte administratif quelle que soit la nature (publique ou privée) de son auteur (19), vaut également pour le contentieux de la responsabilité. Dans la mesure où ils présentent un caractère administratif les actes unilatéraux des personnes privée sont susceptibles d'engager la responsabilité de celles-ci devant le juge administratif et dans des conditions identiques à celles qui sont requises pour les personnes publiques. C'est dire que la responsabilité des personnes privées exerçant l'action administrative est susceptible d'être engagée non seulement pour faute, mais aussi en l'absence de faute.

La jurisprudence intervenue en matière de responsabilité des personnes privées du fait de leurs décisions illégales (20) est peu abondante (21).

---

(19) Cf. supra, p. 184-185.

(20) Sur la faute dans les actes juridiques, V. F.P. Bénoit, Dommages résultant de diverses fautes de l'administration, Juriscl. adm., fasc. 720, n° 1 à 105 (Excès de pouvoir).

Odent, C.A, p. 922 s. ; Waline, D.A., 1963, n° 1509 s., p. 859 s. et D.A., 1969, n° 1071 s., p. 562 s.

La responsabilité est mise en jeu selon les règles générales du droit commun de la responsabilité administrative, et il n'y a pas lieu de distinguer selon le caractère individuel ou général de la décision.

(21) On rappelle que conformément à la ligne de conduite retenue, n'est pas prise en considération la jurisprudence relative à des institutions dont le caractère privé est incertain étant donné qu'il n'a pas été expressément consacré par le législateur ou le juge. C'est à propos de ces personnes (comités d'organisation et autres groupements du régime de Vichy, ordres professionnels) que le principe a été appliqué tout d'abord. Cette jurisprudence

En plus de la jurisprudence des tribunaux judiciaires relative à leur incompétence pour connaître des actions en responsabilité fondées sur l'illégalité des décisions administratives des personnes privées (22), on peut citer un jugement du tribunal administratif de Toulouse du 14 avril 1967, faisant une exacte application des règles sur la responsabilité du fait des décisions illégales. Déclarant recevables des conclusions aux fins d'indemnités fondées sur l'illégalité entachant la décision d'une société d'économie mixte gestionnaire d'un marché d'intérêt national — bien que les conclusions aux fins d'annulation aient été présentées hors délai — il ne rejette au fond que parce que le requérant n'établit pas que la décision est illégale (23).
La compétence de la juridiction administrative en ce domaine résulte implicitement du décret du 23 novembre 1953 (art. 16, 1°), indiquant que le tribunal administratif territorialement compétent pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre les organismes privés gérant un service public et fondées sur un dommage imputable à une décision est celui-là même qui eût été compétent pour connaître d'un recours en annulation dirigé contre cet acte.

Pour ce qui est de la responsabilité sans faute, les principes régissant la responsabilité des personnes publiques sont également applicables aux actes des personnes privées. Une telle responsabilité est admise, soit lorsqu'une décision individuelle cause dans l'intérêt général à un individu un préjudice spécial qui ne saurait à raison de sa gravité être regardé comme une charge lui incombant normalement (24), soit lorsque le préjudice résulte de mesures administratives prises par voie générale, entraînant une rupture de l'égalité devant les charges publiques (25). Si ces principes sont théoriquement applicables aux personnes privées, les hypothèses dans lesquelles les conditions pour engager leur responsabilité sans faute sont réunies paraissent devoir être extrêmement rares. En ce qui concerne plus particulièrement la responsabilité du fait des règlements légaux, on peut noter que le champ d'application du principe d'irresponsabilité, en matière de réglements relatifs à l'interventionnisme

---

atteste, si besoin est, que la responsabilité du fait des décisions administratives illégales dont être recherchée devant le juge administratif quelle que soit la nature juridique de l'auteur de l'acte. Sur ce point, V. De Corail, op. cit., p. 186 (arrêts Sassot, Froustey, Feray du Coudray).
V. Liet-Veaux, Ordres professionnels, Juriscl. adm., fasc. 145, n° 246 s.

(22) V. la jurisprudence citée, supra, p. 166, notes (73) et (74). Adde, C.A. Toulouse, 20 juin 1966, affaire Sansano (Texte in M. de Villiers, p. 257 s.).

(23) T.A. Toulouse, 14 avr. 1967, Sansano, V. le texte de ce jugement in M. de Villiers, op. cit., p. 260 s.

(24) C.E., 15 février 1961, Werquin, Rec. 118, R.D.P. 1961.321, concl. Braibant, p. 1253, note Waline ; D. 1961.661, note Weil ; J.C.P. 1961.II.12 259, note Auby ; A.J.D.A. 1961.197, chr. Galabert et Gentot.

(25) C.E., 22 févr. 1963, Commune de Gavarnie, Rec. 113, R.D.P. 1963, p. 1019, note Waline. Sur le détachement de la responsabilité du fait des règlements légaux de la responsabilité du fait de lois, et sur « l'irresponsabilité de principe » en matière de règlements légaux ayant un but d'interventionnisme économique, V. B. Jeanneau, La responsabilité du fait des règlements légalement pris, Mél. Savatier, Dalloz, 1965, p. 375.

économique (26), correspond précisément au secteur dans lequel les personnes privées sont le plus souvent habilitées à exercer une compétence normative. En conséquence cette première exception au principe d'incompétence de la juridiction administrative ne présente actuellement qu'une importance très réduite sur le plan quantitatif, qui s'explique non seulement par le nombre peu élevé des décisions des personnes privées ayant un caractère administratif, mais aussi par le caractère strict des conditions requises pour mettre en jeu la responsabilité (27).

§ 2 — DOMMAGES RESULTANT DE LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE (28).

Lorsque la personne privée qui a subi un préjudice se prévaut d'un contrat pour obliger la personne privée responsable à réparer, l'action en responsabilité doit être portée devant la juridiction administrative dans tous les cas où le contrat présente le caractère d'un contrat de droit public.

Ces hypothèses, qu'il suffit de rappeler (29) en précisant seulement certains points, sont au nombre de quatre, deux résultant de la volonté du législateur, deux ayant leur source dans la volonté du juge.

A) Compétence administrative par détermination de la loi.

1° *En application de l'article 21 de la loi du 22 avril 1806* (30).

En vertu de ce texte, « le Conseil d'Etat prononce de même (31) définitivement et sans recours, entre la Banque et les membres de son conseil général, ses agents ou employés, toute condamnation civile, y compris les dommages et intérêts et même soit la destitution, soit la cessation de fonctions » (32).

Cette attribution de compétence, qui n'est pas affectée par la loi de nationalisation du 2 décembre 1945 dont l'article 19 précise qu'il n'est rien changé au statut du personnel des banques nationalisées y

(26) Sur cette question, V. Jeanneau, p. 387 s.

(27) Même dans le cas de décisions illégales, puisqu'aussi bien si toute illégalité est fautive, toute illégalité n'ouvre pas droit à réparation. Sur ces hypothèses (notamment en matière disciplinaire lorsque l'illégalité consiste en un vice de forme entachant une décision qui est par ailleurs justifiée par les faits commis), V. Odent, C.A., p. 925-926 ; supra, p. 230, note (84).

(28) Et d'une obligation quasi contractuelle, puisqu'aussi bien les règles de répartition des compétences sont identiques. Cf. concl. Fournier sur C.E., 2 déc. 1966, Société « France-Reconstruction-Plan », A.J.D.A. 1967, p. 188.

(29) Cf. supra, p. 191.

(30) Codifié dans l'article 95 al. 2 du décret du 31 décembre 1936. V. Auby et Drago, C.A., tome 1er, n° 346, p. 361-362 ; G. Maleville, Détermination de la compétence des juridictions administratives et des tribunaux judiciaires, Juriscl. adm., fasc. 606, n° 144 à 150.

(31) Sur les autres cas de compétence administrative par détermination de la loi à propos de la Banque de France, V. supra, p. 150, note (37).

(32) B.L. 88, n° 1511.

compris la Banque de France (33), ne concerne pas tous les contrats conclus par cette institution. Elle ne vise que les contrats avec les agents (34), à l'exclusion par exemple des contrats conclus avec les usagers du service géré par la Banque (35).

S'il arrive que les lois attribuant compétence à la juridiction administrative ne constitue qu'une application de la « clause générale » de répartition des compétences, tel n'est pas le cas de la loi de 1806, en l'absence de laquelle le juge administratif eût été incompétent.

2° *En application du décret-loi du 17 juin 1938.*

En application de ce texte (36), « les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public... sont portés en premier ressort devant le tribunal administratif » même s'ils sont conclus avec une personne privée par un concessionnaire de service public lui-même personne privée. Comme dans le cas précédent, le juge administratif est compétent en marge des critères jurisprudentiels de répartition des compétences.

B) Compétence administrative en application des critères jurisprudentiels.

1° *En application de l'arrêt du Tribunal des Conflits Société Entreprise Peyrot* (37).

2° *En application de la théorie du mandat* (38).

Par l'effet du mandat, tout se passe à l'égard du tiers qui contracte avec une personne privée agissant au nom et pour le compte d'une personne publique comme s'il traitait directement avec la personne publique mandante. Aucun lien de droit ne naît entre le mandataire et le tiers. Aussi celui-ci n'a-t-il en principe aucune action contre le mandataire. Il peut agir seulement contre le mandant (39).

---

(33) Elle a d'ailleurs été confirmée par l'article 14 du décret du 23 novembre 1953 relatif à la détermination du tribunal administratif territorialement compétent pour connaître de « tous les litiges d'ordre individuel y compris ceux relatifs aux questions pécuniaires intéressant... les agents ou employés de la Banque de France ».

(34) La première application de la loi de 1806 remonte à 1883. C.E., 9 févr. 1883, Doisy, Rec. 151, R.G.A. 1903.168, note Le Gouix. Autres espèces : C.E., 3 juill. 1903, Mercié, Rec. 485, note anonyme ; 24 mars 1943, Clavery et Malot, Rec. 75 ; 13 juin 1964, Gauvin, Rec. 329.

(35) C.E., 24 mai 1957, Elissabide, Rec. 340.

(36) Cf. supra, p. 191 s.

(37) V. supra, p. 196.

(38) Cf. supra, p. 74 et 75, p. 193.

(39) Sur tous ces points, V. P. Jaubert, Mandat, Obligations du mandataire, Juriscl. civil, Art. 1991 à 1997, notamment chapitre III, Rapports entre le mandataire et les tiers, n° 123 s.

Il est vrai toutefois que les tiers ont dans certains cas une action directe contre le mandataire (V. n° 128 et 160 s., n° 129), mais il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle.

Telles sont du moins les solutions du droit privé. Transposées en droit administratif, elles conduiraient à l'inexistence d'une responsabilité administrative des personnes privées mandataires, non tant parce que leur responsabilité relèverait du droit privé que parce qu'il y aurait seulement responsabilité de la puissance publique mandante du fait des actes de leurs mandataires privés.

En est-il de même en droit administratif ?

Pour répondre à cette question, on dispose de peu d'éléments. Dans l'arrêt Berthot (40), le Conseil d'Etat décide : « en refusant de renouveler le contrat de location dont s'agit et en exigeant la libération dudit emplacement, les sociétés mandataires de la Chambre de commerce de Troyes n'ont commis aucune faute de nature à engager leur responsabilité à l'égard des requérants ».

Cet arrêt signifie-t-il que la faute commise par les mandataires a un caractère tel qu'elle n'engage pas leur propre responsabilité mais celle de leur mandant ? En l'absence de tout contexte, une telle interprétation serait parfaitement soutenable et conforme au droit privé. Replacé dans son contexte, ce considérant signifie tout autre chose. Les mandataires sont déclarés non responsables, non pas parce que la faute commise n'est pas de nature à engager leur propre responsabilité, mais simplement parce qu'ils n'ont commis aucune faute, ainsi que l'atteste la suite de l'arrêt (41).

De même, dans l'arrêt Bernard, l'action du tiers contre le mandataire privé d'une commune n'est pas accueillie, mais il en résulte implicitement qu'une telle action est recevable (42).

Il est permis d'inférer de ces arrêts que si les mandataires commettent une faute dans l'exécution du mandat, celle-ci engage leur responsabilité.

Cette conclusion est conforme à l'opinion du commissaire du gouvernement Rivet qui, dès 1927, soutenait que « la faute dans l'exécution du mandat fait apparaître en quelque sorte la personnalité du mandataire jusqu'alors confondue avec celle du mandant et autorise l'ouverture contre le mandataire d'une action distincte » (43). Il résulte de cette opinion qu'aucune distinction n'est faite selon la nature de la faute, et qu'ainsi l'action directe contre le mandataire serait possible, contrairement au droit privé, dans tous les cas.

Les arrêts cités montrent en outre que la responsabilité du mandataire doit être appréciée par le juge administratif si le contrat a un caractère administratif (44).

---

(40) C.E., 6 janv. 1967, Epoux Berthot, Rec. 3 ; A.J.D.A. 1967.417, obs. J.D.

(41) « Que, notamment, le détournement de pouvoir allégué à leur encontre n'est pas établi ».

(42) C.E., 16 févr. 1966, Bernard, Rec. 113 (Responsabilité solidaire du mandant et du mandataire).

(43) Concl. sur l'arrêt Triller, R.D.P. 1927, p. 70.

(44) Si les principes du droit privé étaient appliqués, l'action contre le mandataire ne pouvant être qu'extracontractuelle, c'est le juge judiciaire qui devrait être compétent conformément au principe posé dans la section I.

Sous-Section II. — *RESPONSABILITE RESULTANT DES DOMMAGES CAUSES PAR DES OPERATIONS MATERIELLES.*

En matière de dommages causés par des opérations matérielles effectuées par des personnes privées, il y a deux exceptions au principe selon lequel un litige ne peut relever de la juridiction administrative que si l'une au moins des parties est une personne publique. L'une résulte de la volonté du législateur et concerne les dommages de travaux publics. L'autre, en application des règles jurisprudentielles de détermination des compétences, est relative aux dommages causés par les opérations matérielles des services publics administratifs.

§ 1 — COMPETENCE ADMINISTRATIVE PAR DETERMINATION DE LA LOI EN MATIERE DE DOMMAGES DE TRAVAUX PUBLICS (45).

Deux textes attribuent compétence à la juridiction administrative pour réparer les dommages de travaux publics. Le texte général est l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Un second titre de compétence réside dans l'article 10 de la loi du 29 décembre 1892, concernant les dommages causés par l'occupation temporaire de la propriété privée à l'occasion de l'accomplissement de travaux publics.

A) Article 4 de la loi du 28 pluviose an VIII.

Cette première exception, la plus ancienne et la plus connue parce que quantitativement la plus importante, est aussi la plus complexe.

Elle est ici envisagée sous l'angle de la compétence et non quant aux règles de fond applicables 46), en droit positif et non dans une perspective historique (47).

---

(45) En même temps qu'elle constitue l'exemple type de responsabilité administrative des personnes privées, la responsabilité du fait des dommages de travaux publics est aussi un cas parmi les plus importants de responsabilité de la puissance publique du fait des dommages causés par les personnes privées. Conformément au plan retenu, ce second aspect du problème sera traité dans le chapitre II.

(46) Une recherche sur les divers principes de responsabilité applicables ne se justifie ni par la spécificité du régime applicable aux personnes privées (Cf. C.E., 28 août 1851, Bocqmé, Rec. 578 : Une compagnie concessionnaire de travaux publics ne saurait être soumise à « une responsabilité spéciale ou des obligations plus étendues envers les tiers que celles pouvant résulter contre l'Etat lui-même de l'exécution des travaux »), ni par l'insuffisance des études doctrinales.

(47) Sur l'évolution et les divergences des jurisprudences des deux ordres de juridiction et du Tribunal des Conflits, V. M. Gombeaud, La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics de l'an VIII à 1920, th. Rennes, 1967 ; A. Mathiot, Les accidents causés par les travaux publics, th. Paris, 1934, p. 49 s. ; Lino di Qual, Simplification ou complication des compétences en matière de dommages des travaux publics, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lille, 1962, p. 143 s.

La complexité, du point de vue de la compétence, de la question des dommages de travaux publics résulte de ce qu'il y a en cette matière contentieux partagé entre les deux ordres de juridiction. Après avoir indiqué quelles sont les personnes privées tenues de répondre devant le juge administratif des dommages de travaux publics, ce sont ces règles de partage qu'il convient de préciser.

Parmi les personnes privées soumises à une responsabilité administrative, il y a tout d'abord les entrepreneurs. Cela résulte directement de l'article 4 al. 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII : « Le Conseil de Préfecture prononcera sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs... » (48). Il peut s'agir, soit de l'entrepreneur réalisant un travail public pour le compte d'une personne publique (49) ou pour le compte d'un concessionnaire (personne privée), soit de l'entrepreneur pris comme responsable des dommages causés par un sous-traitant agissant pour le compte de celui-ci (50).

Le mot entrepreneur dans la loi de pluviôse an VIII ne doit pas être pris dans le sens restrictif qu'il revêt aujourd'hui par opposition au concessionnaire de travaux publics. Dès le départ et d'une manière constante, les tribunaux des deux ordres ont admis que la loi était également applicable à ces derniers (51).

Par entrepreneur et concessionnaire, il faut entendre ces personnes elles-mêmes, mais aussi leurs ouvriers et agents (52).

A ces divers cas, des décisions récentes en ajoutent d'autres. Tout d'abord d'une manière indirecte en considérant que constitue un travail public le travail effectué par une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique sur la base d'un lien unilatéral (53). Ensuite en admettant que, tout comme l'entrepreneur, l'architecte est directement responsable à l'égard des tiers (54).

---

(48) V. les arrêts cités par M. Gombeaud, thèse citée, p. 19 (note 54).

(49) « L'action directe contre l'entrepreneur suppose que le fait dommageable lui soit imputable », V. F.P. Bénoit, Dommages résultant des travaux et ouvrages publics, Juriscl. adm., fasc. 725, n° 240 (refondu par O. Renard-Payen), et Auby et Ducos-Ader, D.A., n° 401, p. 519. Les dommages imputables à l'exécution des travaux engagent la responsabilité de l'entrepreneur même en l'absence de faute de sa part, C.E., 25 oct. 1967, Société « Les travaux souterrains », Rec. tables, p. 951.

(50) C.E., 28 oct. 1935, Cie des Chemins de fer du Nord, Rec. 953 ; 22 juin 1960, Evenou, A.J.D.A. 1960.II.39, note J. Besnard. Cette solution n'a pas toujours prévalu. V. les arrêtés cités dans la note J. Besnard.

Le sous-traitant peut aussi être directement attaqué. Cf. Auby et Ducos-Ader, D.A., p. 520 ; Bénoit, op. cit., note (49), n° 255 ; Josse, op. cit. p. 380 ; F. Moderne, La détermination du patrimoine responsable dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1966, p. 62-63.

(51) Cf. Gombeaud, op. cit., p. 19 et 20 (note 55).

(52) Id., p. 20 et 21. Par exemple, C.E. sur conflit, 20 nov. 1806, Bouvigny, Rec. 50.

(53) Cf. supra, p. 79, note (131).

(54) C.E., 11 oct. 1968, Allard, Rec. 486 : « Considérant que, même en l'absence de faute, la collectivité maître de l'ouvrage ainsi que, le cas échéant, l'architecte et l'entrepreneur chargés des travaux sont responsables vis-à-vis des tiers des dommages causés à ceux-ci par l'exécution d'un travail public... ».

V. F. Moderne, La responsabilité des architectes à l'égard des victimes des dommages de travaux publics, A.J.D.A. 1969, p. 212.

Telles sont les personnes privées dont la responsabilité est susceptible d'être régie par un régime dérogatoire au droit commun, à condition toutefois que le juge administratif soit compétent. Dans quel cas en est-il ainsi ?

La répartition des compétences dépend de la qualité de la victime (55), et, pour certaines victimes, de la nature administrative ou industrielle et commerciale du service dont la responsabilité est engagée.

Il n'y a pas de difficultés pour les dommages causés aux participants ou aux tiers (56) qui relèvent toujours du juge administratif. Pour ces derniers, le bloc de compétence administrative n'existe que depuis l'abandon de la théorie du fait d'exploitation (57).

C'est à propos des usagers seulement qu'il y a dualité de compétence des deux ordres juridictionnels et donc problème de partage. Celui-ci est opéré en fonction de la nature du service. La compétence est administrative pour les usagers des services publics administratifs, judiciaire, pour les usagers des services publics industriels et commerciaux (58). En ce dernier cas, la compétence est toutefois administrative dans les hypothèses exceptionnelles où l'usager est simplement usager de l'ouvrage public utilisé par le service industriel et commercial sans être en même temps usager du service (59).

En résumé, l'exception à la règle d'incompétence des tribunaux administratifs pour connaître des actions en responsabilité intentées contre des personnes privées à l'occasion de dommages de travaux publics s'étend aux dommages causés aux tiers et aux participants à un travail public, aux usagers des services publics administratifs (60) et aux usagers des ouvrages exploités par un service public indus-

---

(55) Tiers, participant, usager ; de même, dépend de la situation de la victime, le régime de responsabilité applicable en droit administratif, Cf. Odent, C.A., p. 976 s.

(56) Sous réserve de la distinction de l'usager et du tiers. Cf. Odent, C.A., p. 972 s. F. Moderne, La distinction du tiers et de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1964, p. 153 s. et 179 s.

(57) C.E., 15 avr. 1958, Dame Vve Barbaza, Rec. 228 ; J.C.P. 1958.II.10 810, note Blaevoët ; A.J.D.A. 1958.II.222, chron. Fournier et Cambarnous ; T.C., 19 mai 1958, Tramuta, C.J.E.G. 1959.65, note A. Carron. Lino di Qual, op. cit., p. 192 s.

(58) Sur l'évolution récente de la justification de la compétence judiciaire et la substitution de la notion de nature juridique des liens existant entre un service industriel et commercial et l'usager à la notion de contrat de droit privé, V. Durupty, note sur T.C., 17 oct. 1966, Dame Vve Canasse, D. 1967.252. Bénoit, Juriscl. adm., fasc. 725, n° 147. Pour une critique de l'analyse jurisprudentielle de la situation de l'usager du service public industriel et commercial, V. Benoit, D.A., p. 838 s.

(59) C.E., 27 nov. 1967, Ministre des Travaux publics c. Dlle Labat, R.D.P. 1968, concl. Baudouin, p. 659 s., et note Waline, p. 648. F. Moderne, Responsabilité administrative et utilisation des ouvrages publics affectés à un service public industriel et commercial, C.J.E.G. 1969, p. 199 s. et 217 s. (V. notamment, p. 214 s.). Adde, concl. Dutheillet de Lamothe sur l'arrêt du Tribunal des Conflits cité note (58), J.C.P. 1966.II.14 839.

(60) L'hypothèse est rare en ce qui concerne les concessionnaires de service public. Ceux-ci gèrent presque toujours un service public industriel et commercial.

V. cependant C.E., 1er mars 1967, Dlle Ruban, Rec. 104 (Compétence de la juridiction administrative pour un dommage causé à l'usager d'une autoroute exploitée par une société d'économie mixte).

triel et commercial qui ne sont pas en même temps usagers du service lui-même.

Est-ce à dire que la compétence de la juridiction judiciaire se détermine *a contrario* par rapport à celle de la juridiction administrative ? Une réponse a:irmative à cette question ne se conçoit que dans la mesure où, pour une même catégorie de litiges, il n'y a pas compétence concurrente des deux ordres de juridictions. Tel n'est pas le cas. Il y a tout d'abord « double compétence de la juridiction répressive et du tribunal administratif pour connaître des conséquences civiles d'une infraction commise dans une opération de travaux publics » (61) par l'entrepreneur, les concessionnaires ou leurs préposés.

Il peut ensuite y avoir dualité de compétence dans les hypothèses où la faute personnelle (ne constituant pas une infraction) d'un agent de l'entrepreneur ou du concessionnaire est considérée par le juge administratif comme n'étant pas dépourvue de tout lien avec le service alors que la même faute est tenue par le juge judiciaire pour une faute détachable des fonctions (62).

Une complexité supplémentaire résulte de l'application de textes législatifs ou théories jurisprudentielles qui, par dérogation au principe de séparation des autorités judiciaires et administratives, entraînent la compétence des tribunaux judiciaires là où il y a normalement compétence des tribunaux administratifs. Conformément au plan retenu, cette question sera abordée dans la section III.

B) Article 10 de la loi du 29 décembre 1892.

En vertu de cette loi, la prérogative d'occupation temporaire de la propriété privée en vue de l'exécution de travaux publics 63) est accordée non seulement à l'administration, mais aussi aux « personnes auxquelles elle délègue ses droits ». Il est précisé par l'article 10 qu'à défaut d'accord amiable c'est le conseil de préfecture qui est compétent pour effectuer le règlement de l'indemnité due au propriétaire dont les biens ont été occupés.

Dans la mesure où les personnes auxquelles l'administration délègue ses droits sont des personnes privées, le règlement de l'indemnité d'occupation temporaire constitue une hypothèse de litige administratif bien qu'aucune personne publique ne soit partie au litige (64).

---

(61) Titre d'une étude de A. Carron, C.J.E.G. 1961, p. 21.
Sur cette question, V. la note critique de M. R. Drago, sous Cass. civ., 13 mars1968,Hervé, D.S. 1968.506 (II).

(62) F.P. Bénoit, Dommages résultant des travaux et ouvrages publics, Principes généraux, Juriscl. adm., fasc. 725, n° 163 s. (Refondu par O. Renard-Payen).

(63) Sur les régimes particuliers d'occupation temporaire et la compétence éventuelle du juge administratif en ce domaine, V. Bonneau, L'occupation temporaire, Juriscl. adm. fac. 353, n° 128 et 129.

(64) Sur la question de la responsabilité de la puissance publique du fait des dommages causés par une occupation temporaire effectuée par une personne privée, V. infra, p. 306.

La loi elle-même indique partiellement quelles sont les personnes susceptibles de bénéficier de l'occupation temporaire. Elle mentionne que parmi les délégataires possibles des droits de l'administration figurent des personnes privées, dont les entrepreneurs (65), mais ne précise pas quelles sont les « autres personnes » auxquelles l'administration peut déléguer ses droits (article 18).

Parmi celles-ci figurent sans hésitation possible les concessionnaires de travaux publics qui, dès avant 1892, se sont vu reconnaître ce droit par des mesures générales ou individuelles (66), et, depuis le revirement de jurisprudence de 1867 (67), les fournisseurs de matériaux, à qui la prérogative d'occupation temporaire est reconnue par le juge administratif parce qu'elle bénéficie en définitive à l'administration et non aux fournisseurs eux-mêmes (68).

Parmi les personnes auxquelles l'administration peut déléguer ses droits, faut-il inclure les sous-traitants ? Il ne le semble pas bien qu'aucun auteur contemporain n'ait pris parti sur cette question. Il ressort en effet des indications données par Bourcart que la pratique administrative est en sens contraire, les arrêtés d'occupation devant être pris au profit des concessionnaires et non des sous-traitants (69). Cela n'empêche pas les sous-traitants — censés agir au nom d'entrepreneurs ou de concessionnaires — de bénéficier par leur intermédiaire de la prérogative d'occupation temporaire (70), mais interdit aux victimes d'attaquer directement les sous-traitants, même si en vertu des conventions liant ceux-ci aux concessionnaires, les indemnités afférentes aux occupations temporaires doivent finalement rester à la charge du sous-traitant (71).

A propos des dommages causés par l'occupation temporaire, il suffit d'avoir précisé quelles sont les personnes privées dont la responsabilité peut être mise en jeu devant le juge administratif, dès lors que le régime juridique (législatif et contentieux) de l'occupation temporaire ne varie pas selon que la personne désignée

---

(65) Les entrepreneurs possédaient ce droit dès l'Ancien Régime. V. Arrêt du Conseil du Roi du 7 sept. 1755 cité par Aucoc, concl. sur C.E., 9 mai 1867, Stackler, D. 1867.III.69.

(66) Cf. la loi 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer (art. 3 *in fine*).

(67) Arrêt cité note (65). V. les très intéressantes conclusions Aucoc.

(68) C'est cette idée qu'a fait valoir Aucoc pour écarter en l'espèce « la maxime » qui « doit être la devise de la juridiction administrative » : « Favores ampliandi, odia restringenda » (c'est-à-dire selon Aucoc lui-même : « les dispositions rigoureuses des lois doivent être restreintes et non étendues »). Pour des arrêts confirmant l'arrêt Stackler, V. J. Graziani, L'occupation temporaire, th. Paris, 1928, p. 65.

(69) G. Bourcart, De l'occupation temporaire en vue de l'exécution des travaux publics, R.G.A., 1894, n° 38, p. 287. « L'usage a d'ailleurs été érigé en règle ».

(70) L'arrêt du Tribunal des Conflits du 6 nov. 1967 (Dougy, Rec. 656) fait référence à une occupation effectuée par l'entrepreneur ou les sous-traitants.

(71) Ce point a été jugé par le Conseil d'Etat : 21 mars 1921, Mercier, Rec. 347.

dans l'arrêté d'occupation est une personne publique ou une personne privée (72).

La compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges entre personnes privées relatifs à des dommages résultant d'opérations matérielles ne se limite pas aux hypothèses prévues par le législateur. Un titre de compétence du juge administratif résulte de l'application des règles jurisprudentielles de répartition des compétences.

§ 2 — COMPETENCE ADMINISTRATIVE EN APPLICATION DES CRITERES JURISPRUDENTIELS POUR LES DOMMAGES RESULTANT D'OPERATIONS MATERIELLES EFFECTUEES DANS L'EXERCICE D'UNE MISSION ADMINISTRATIVE DE SERVICE PUBLIC.

Il est de jurisprudence constante que les demandes d'indemnité visant à la réparation des préjudices causés par les opérations matérielles des services publics administratifs gérés par les personnes publiques relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

En est-il de même pour les services publics administratifs gérés par des personnes morales de droit privé ?

Une réponse affirmative ne fait pas de doute. En l'absence de jurisprudence relative à des institutions dont le caractère privé est certain, il est possible pour le démontrer d'invoquer des arrêts intervenus à propos d'organismes « innommés » (73). Dans la mesure où le juge administratif se reconnaît compétent, sans trancher le problème de la nature juridique de l'institution, on peut présumer que celle-ci est sans influence sur la compétence. Le raisonnement tenu pour les actes unilatéraux de ces institutions vaut tout aussi bien pour leurs opérations matérielles. M. de Corail a montré que dans le cas de dommages causés par des agissements matériels, il ne faut pas s'attacher à l'examen de la nature des opérations effectuées « à l'instant du dommage, mais à celui des règles sous l'empire desquelles les agissements dommageables ont été exécutés » (74). Telle est bien la directive qui inspire la jurisprudence bien qu'il soit exact, d'un point de vue théorique, qu'en soi les opérations matérielles effectuées par une personne publique ne peuvent le plus souvent être distinguées d'opérations identiques opérées par des particuliers (75), agissant à des fins privées ou à des fins d'intérêt général mais selon les procédés du droit privé.

---

(72) Sur quelques affaires récentes relatives à la S.N.C.F., V. C.E., 11 mai 1953, Gandon, Rec. 221, et 11 oct. 1961, Commune de Laruns, Rec. 561. Sur le régime juridique de l'occupation temporaire, V. Josse, op. cit., p. 252 s.

(73) T.C., 21 juill. 1994, Hauptmann, Rec. 613, V. de Corail, op. cit., p. 188 s.

(74) Op. cit., p. 189.

(75) Id., p. 93-94.

Ainsi rien ne distingue une opération de lutte contre les parasites végétaux, entreprise par une ou plusieurs personnes agissant d'un commun d'accord, de la même opération effectuée par un groupement de défense contre les ennemis des cultures. Et pourtant il est aisé de constater que, contrairement aux apparences, celle-ci s'inscrit dans le cadre d'une situation exorbitante du droit commun : le groupement peut agir d'office si les intéressés refusent d'effectuer les opérations prescrites. Si des dommages sont causés à cette occasion à des tiers ou aux usagers forcés de ce service de nature administrative, la juridiction compétente pour les réparer ne peut être que la juridiction administrative.

Cette compétence de la juridiction administrative pour connaître des opérations matérielles dommageables des personnes privées gérant un service public administratif ou assumant une mission administrative de service public est confirmée par le décret du 28 novembre 1953 (art. 16-2°), déterminant le tribunal administratif territorialement compétent pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre les personnes publiques « ou les organismes privés gérant un service public » « lorsque le dommage invoqué est... imputable... à un fait ou à un agissement administratif ». Il ne fait pas de doute que le mot « administratif » est utilisé dans un sens matériel et non dans un sens organique.

Il résulte de ce qui précède que ce titre de compétence de la juridiction administrative ne paraît pas devoir constituer un facteur d'encombrement de la juridiction administrative dans la mesure où la plupart des services publics gérés par des personnes privées ne présente pas un caractère administratif, et dans la mesure où s'ils ont une nature administrative, ils correspondent à des activités dont le bon accomplissement exige moins des actes matériels que des actes juridiques et plus précisément des décisions exécutoires.

Telles sont les exceptions au principe d'incompétence de la juridiction administrative pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre les personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative. Elles souffrent elles-mêmes des exceptions.

Section III

LES EXCEPTIONS AUX EXCEPTIONS OU LE RETOUR AU PRINCIPE.

Il serait inexact de penser que la juridiction administrative est, en tout état de cause, compétente pour statuer sur les demandes en indemnité rentrant dans les hypothèses qui viennent d'être définies.

La compétence de la juridiction administrative doit s'entendre sous réserve des textes législatifs ou des théories jurisprudentielles qui, par dérogation au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, ont pour effet d'attribuer compétence à

la juridiction judiciaire en des matières relevant normalement de la compétence du juge administratif (76).

De telles hypothèses ne concernent pas tous les cas de compétence du juge administratif. La responsabilité contractuelle administrative des personnes privées y échappe, à l'inverse des dommages de travaux publics, des décisions administratives, et des opérations matérielles des services publics administratifs.

En matière de dommages de travaux publics, une première dérogation résulte de la loi du 31 décembre 1957 attribuant compétence au juge judiciaire pour la réparation des dommages causés par les véhicules. Le législateur n'a pas entendu excepter l'hypothèse où les dommages sont causés, dans la réalisation d'un travail public, par des véhicules appartenant à l'administration et *a fortiori* aux concessionnaires ou entrepreneurs (77).

Une seconde dérogation a sa source dans les théories jurisprudentielles attribuant compétence aux tribunaux judiciaires lorsque les dommages de travaux publics sont constitutifs d'emprise irrégulière (78) ou de voie de fait (79). Le domaine d'élection de ces théories concerne les dommages causés par l'occupation temporaire de la propriété privée dans l'accomplissement des travaux publics (80).

Si la théorie de l'emprise est limitée aux atteintes à la propriété privée, la théorie de la voie de fait est susceptible de jouer pour les décisions administratives des personnes privées ainsi que pour leurs opérations matérielles effectuées dans la gestion d'un service public administratif, portant atteinte à une liberté fondamentale, soit « par manque de droit », soit « par manque de procédure », selon les expressions du doyen Hauriou (81).

---

(76) Pour le contentieux de l'indemnité, mais non pour celui de l'annulation.

(77) V. Moreau, Dommages du fait des véhicules administratifs, Juriscl. adm., fasc. 710, n° 56.

J.A. Mazères, Véhicules administratifs et responsabilité publique, L.G.D.J., 1962, p. 278 s.

Sur le problème de la substitution de responsabilité de l'administration, V. infra, note (140).

(78) La loi du 28 pluviôse an VIII et la loi du 29 décembre 1892 ont perdu une partie de leur intérêt du point de vue de la compétence depuis que le Conseil d'Etat admet la compétence de la juridiction administrative pour connaître du contentieux de l'indemnité relatif aux emprises régulières (Arrêt Werquin).

(79) Sur la distinction entre l'emprise et la voie de fait, V. J. Moreau, note sous T.C., 29 mai 1967, Dame Vve Barsi, A.J.D.A. 1968, p. 113-114.

La distinction est fondée sur la gravité du vice entachant l'acte ou l'opération. En matière d'occupation temporaire, le juge n'a recours à la notion de voie de fait que s'il y a absence totale d'autorisation et non dans le cas d'une simple illégalité affectant par exemple l'arrêté préfectoral d'autorisation.

(80) C.E., 12 juin 1912, Boucabeille, Rec. 656 ; T.C., 6 nov. 1967, Dougy, Rec. 656.

(81) Pour un exemple de voie de fait « par manque de droit », V. Cass. civ., 21 avr. 1950, J.C.P. 1950.IV.89, à propos de la décision d'un groupement d'achat et de répartition ordonnant « sans droit » la fermeture d'une entreprise privée à titre de sanction administrative.

Pour critiquées qu'elles puissent être (82), soit en raison des complications qu'elles engendrent (83), soit parce qu'elles n'assurent plus aux administrés une meilleure protection que celle que leur procurerait le juge administratif (84), ces dérogations jurisprudentielles au principe de séparation n'en correspondent pas moins au droit positif actuel. Elles ne pouvaient être passées sous silence d'autant plus qu'elles s'analysent en un retour au principe de l'incompétence des tribunaux administratifs pour connaître des actions en responsabilité mettant aux prises deux personnes privées dont l'une intervient dans l'action administrative.

*
* *

Au terme de l'étude de la responsabilité administrative des personnes privées, il est une question que l'on ne saurait point ne pas poser : les divers cas de compétence de la juridiction administrative sont-ils la traduction d'une idée commune ou bien y a-t-il autant d'explications que de cas de compétence du juge administratif ?

A la vérité cette question ne présente de véritable intérêt que lorsque la compétence est administrative en application des règles jurisprudentielles (et, lorsque la compétence est administrative par détermination de la loi, si celle-ci se borne à appliquer la clause générale de répartition des compétences et non point y déroge).

S'il existe une idée fondant dans tous les cas la compétence de la juridiction administrative, il ne peut s'agir que de l'idée de puissance publique (85). Celle-ci est retenue, bien que l'on n'ignore pas que c'est précisément en matière de responsabilité qu'on a le plus reproché à cette notion d'achopper (86) en tant que critère de répartition de compétences.

Il importe donc de préciser dans quelle mesure l'idée de puissance publique ou la notion de gestion publique permettent d'expli-

---

(82) Braibant, concl. sur C.E., 15 fév. 1961, Werquin, R.D.P. 1961, p. 330 ; note Weil, D. 1961.661.

V. P. Couzinet, La réparation des atteintes à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs. Questions de compétence, th. Paris, 1928, p. 201 s.

(83) En matière d'occupation temporaire par exemple et en cas d'occupation d'une superficie supérieure à celle qui a été autorisée par l'arrêté préfectoral, le juge administratif est compétent pour réparer les dommages résultant de l'occupation de la superficie autorisée, le juge judiciaire pouvant seul connaître de la demande de réparation des dommages causés à la partie du terrain occupée sans droit. Cf. C.E., 17 nov. 1882, de Carbon Ferrières, Rec. 906.

(84) V. Ph. Bretton, L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée, L.G.D.J., 1964, p. 193 s.

(85) Cette expression est utilisée dans son sens large, celui utilisé par M. Vedel (Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E. 1954, p. 43), et correspond à la notion de gestion publique (Cf. Chapus, Le service public et la puissance publique, R.D.P. 1968, p. 261, note 39).

(86) Latournerie, article cité (supra, p. 90, note 10, p. 86.

quer la compétence de la juridiction administrative pour connaître de la responsabilité des personnes privées.

L'idée de puissance publique permet d'expliquer la compétence du juge administratif pour la responsabilité découlant, tant des actes unilatéraux que des dommages de travaux publics. En ces hypothèses, la responsabilité des personnes privées n'est administrative que parce que les dommages sont causés par l'exécution de services publics à gestion publique (87).

La ligne de partage des compétences en matière de responsabilité des personnes privées ne se confond toutefois pas avec la distinction des services publics à gestion publique et des services publics à gestion privée. Pour les actes réglementaires édictés par des personnes privées gérant un service public industriel et commercial ou pour les dommages de travaux publics causés aux tiers par ces services, il y a compétence du juge administratif bien qu'il s'agisse de services dits à gestion privée. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, cette constatation n'infirme pas ce qui précède, mais témoigne simplement que la gestion publique n'est pas totalement absente des services publics dits à gestion privée.

De ce que l'idée de puissance publique joue un rôle important en matière de responsabilité des personnes privées, faut-il en déduire que la notion de service public n'en joue aucun ? Il ne semble pas.

Si la notion de puissance publique exerce ses effets au niveau de la répartition des compétences, la notion de service public produit ses conséquences sur le fond du droit. A défaut d'entraîner la responsabilité administrative des personnes privées, elle permet d'engager, en certaines hypothèses, la responsabilité des personnes publiques pour le compte de qui agissent les personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative.

(87) Dans cette mesure, il n'est pas étonnant que le principe soit l'incompétence des tribunaux administratifs puisqu'aussi bien les personnes privées sont le plus souvent chargées d'assurer des services publics à gestion privée.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE DU FAIT DE L'ACTIVITE DOMMAGEABLE DES PERSONNES PRIVEES

La responsabilité de la puissance publique ne saurait être engagée par des dommages résultant d'activités qui ne sont pas des activités de service public. Est-ce à dire, en sens inverse, que toute activité de service public est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique ?

Certains auteurs peuvent le laisser supposer en écrivant que la responsabilité de la puissance publique c'est la responsabilité des services publics (88). Tout le problème est de savoir si cette proposition, qui est conforme au droit positif si l'on prend l'expression service public dans son sens organique, l'est aussi pour les services publics gérés par des personnes morales de droit privé.

En l'état actuel des données législatives et jurisprudentielles, la réponse doit être nuancée. Il y a un principe comportant de nombreuses exceptions.

Le principe, c'est l'irresponsabilité de la puissance publique du fait des activités de service public gérées par des personnes privées (Section I).

Si la règle, selon laquelle « la responsabilité de la puissance publique c'est la responsabilité des services publics », est applicable à de telles activités, ce ne peut être qu'à titre d'exception (Section II).

Section I

LE PRINCIPE : L'IRRESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

Le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique résulte implicitement du silence du législateur et expressément de la jurisprudence.

---

(88) Odent, C.A., p. 903, et p. 1015 ; Bénoit, Structures et techniques générales de la responsabilité, Juriscl. adm., fasc. 700, n° 140.

Que le législateur n'ait pas posé le principe de la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées intervenant dans l'action administrative ne doit pas surprendre. C'est le contraire qui aurait été surprenant, car même pour les personnes publiques le principe de la responsabilité a été dégagé par la jurisprudence.

Il en est de même ici, mais pour le principe d'irresponsabilité. A la suite de décisions du Tribunal des Conflits refusant de rendre l'Etat responsable des dommages résultant des transports effectués en temps de guerre par les compagnies concessionnaires des chemins de fer alors que pourtant ce service public « relève tout entier de l'autorité militaire » (89), le Conseil d'Etat, à de nombreuses reprises et en différents domaines, refuse d'engager la responsabilité des personnes publiques du fait de l'activité dommageable des services publics gérés par des personnes privées (90).

Si le Conseil d'Etat n'a jamais posé le principe d'irresponsabilité dans une décision de caractère général, celui-ci ressort sans difficulté de la répétition des espèces, et notamment des arrêts les plus marquants : le retard dont se plaint la société requérante ne pouvant être imputé qu'au Crédit national, « par suite l'Etat ne peut être tenu à la réparation du préjudice que ce retard aurait causé à la société » (91) ; le requérant n'est « pas fondé à poursuivre la condamnation de l'Etat au paiement des sommes qui [lui] seraient dues en raison de l'exploitation de la concession » (92) ; les fautes que peuvent commettre les organismes de sécurité sociale « n'engagent pas par elles-mêmes la responsabilité de l'Etat » (93) ; la responsabilité de l'Etat ne saurait être recherchée en raison des fautes qu'aurait commises le service social de l'enfance en danger moral lequel est assuré par une association reconnue d'utilité publique (94). L'arrêt Barbey enfin, qui présente un intérêt plus important à un autre titre (95), adhère implicitement à un jugement définitif du tribunal administratif de Caen décidant que « la responsabilité de l'Etat ne pouvait être recherchée... du fait des négligences commises par une association, dans la surveillance ou dans les soins qui devaient être prodigués aux enfants dont elle avait la charge, lesdites négligences ne pouvant engager que la seule responsabilité de l'association... » (96).

(89) T.C., 10 mars 1923, Dame Vve Rousseau, Rec. 246, S. 1924.III.57, note Hauriou (Notes d'arrêts, tome 3, p. 484) ; 11 févr. 1924, Clapier, Rec. 161.
(90) C.E., 23 nov. 1927, Berga, Rec. 1100 ; 18 nov. 1955, Dlle Hoffmann, Rec. 554, D. 1956.561, note Delacroix. Adde, arrêts cités dans les notes suivantes.
(91) C.E., 12 mars 1952, Sté immobilière marseillaise, Rec. 159.
(92) C.E., 22 mars 1957, Rocher, Rec. 204.
(93) C.E., 26 févr. 1960, Saint-Chamarand, R.P.D.A., 1960, n° 123, p. 64.
(94) C.E., 23 févr. 1962, Picard, Rec. 120.
(95) V. infra, note (193).
(96) C.E., 19 mars 1969, Ministre de la Justice c. Barbey, Rec. 176.

De ces arrêts, il est possible de tirer les enseignements suivants : la règle d'irresponsabilité (97) joue quelle que soit la nature du service (administrative ou commerciale), quelle que soit la nature du lien existant entre la personne privée et la puissance publique : lien contractuel ou unilatéral et dans ce dernier cas, lien consenti ou imposé, quel que soit le type de contrôle pesant sur la personne privée (tutelle ou hiérarchie), que la responsabilité soit contractuelle ou extracontractuelle. L'ensemble des affaires susvisées étant relatives à des cas de responsabilité pour faute, il ne paraît pas possible de dire si le principe jouerait dans le cas de responsabilité sans faute.

Il ne suffit pas d'avoir établi l'existence du principe et l'absence de limitation de son champ d'application. Il faut préciser comment il est fondé en droit (98).

Si plusieurs arrêts ne sont pas ou sont peu motivés (99), les autres invoquent une même idée pour écarter la responsabilité de la puissance publique : les personnes privées gérant un service public conservent une « personnalité propre » (100). Dans certains arrêts, il est ajouté que la personne agit pour son compte (101).

De prime abord le recours à l'idée de personnalité juridique propre paraît décisif. Possédant « une autonomie juridique » (102), les personnes privées doivent réparer sur leur patrimoine personnel les dommages qu'elles causent, tout comme cela se passe pour d'autres services publics personnalisés tels les établissements publics (103).

---

(97) Pour certains tribunaux, ce principe ne paraît pas être parfaitement connu à moins qu'il soit volontairement écarté.

Ainsi un arrêt du tribunal administratif de Paris du 28 février 1961, Decat, Rec. 771 — critiquable à d'autres points de vue — fonde la non responsabilité de l'Etat sur le fait que les centres de transfusion sanguine n'assurent pas le fonctionnement d'un service public. Le tribunal aurait parfaitement pu admettre que les centres gèrent un service public sans que cela n'entraîne pour autant la responsabilité de l'Etat.

De même, mais en sens inverse, le tribunal civil de la Seine a estimé (jugement inédit infirmé par la Cour d'appel de Paris, 12 mai 1959, D. 1960, p. 305, note Savatier) que le fait que le Centre national de transfusion sanguine « avait agi exclusivement dans l'intérêt d'un service public auquel il coopérait... » est « de nature à engager la responsabilité de la puissance publique », et s'est en conséquence déclaré d'office incompétent.

(98) Pour les raisons de fait, V. infra, p. 328.

(99) L'arrêt Picard, par exemple, paraît être fondé uniquement sur le fait que la personne qui a causé le dommage est une personne privée.

(100) V. les arrêts cités note (89) et note (93). Adde C.E., 16 mars 1962, Toubbans, Rec. 183.

Ce même motif est invoqué pour écarter la responsabilité de l'Etat à l'occasion des dommages causés par les ordres professionnels. G. Liet-Veaux, Ordres Professionnels, Règles communes, Juriscl. adm. fasc. 145, n° 257, n° 7.

(101) Cf. arrêts cités note (89). Adde C.E., 22 févr. 1946, Henriot, Rec. 57 (Irresponsabilité de l'Etat du fait des préjudices résultant d'actes faits au nom du Bureau national de répartition du champagne).

(102) Cf. T.C., 28 mars 1955, Confédération générale des petites et moyennes entreprises, Rec. 616, J.C.P. 1955.II.8971, note Rivero.

(103) C.E., 31 juill. 1948, Savoye, Rec. 366. (A propos d'une institution dont le caractère public ou privé est difficile à préciser).

Si la détention d'une personnalité propre était vraiment le fondement du principe d'irresponsabilité, celui-ci ne devrait souffrir aucune exception dès lors que toutes les personnes privées intervenant dans l'action administrative ont une personnalité propre. Tel n'est pas le cas, puisque la responsabilité de la puissance publique peut être engagée pour les dommages causés par de nombreuses institutions privées. On voit mal pourquoi l'existence d'une personnalité juridique propre serait écartée lorsqu'il s'agit de déclarer la puissance publique responsable et invoquée dans les cas où cette responsabilité n'est pas admise.
L'idée de personnalité propre doit donc être rejetée. Pour déterminer, *a contrario*, pour quels motifs les personnes publiques sont en principe irresponsables du fait des institutions privées, il n'y a d'autre solution que de rechercher pour quels motifs la règle inverse prévaut dans certains cas. Plus que le principe lui-même, ce sont les exceptions qu'il est intéressant d'étudier.

Section II

LES EXCEPTIONS : LA RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

Deux questions principales doivent être posées :

— La première est de savoir dans quel cas la puissance publique doit répondre des dommages causés par une personne privée investie d'une mission de service public. Elle est relative à la délimitation du domaine d'application des exceptions au principe.

— Cette première démarche descriptive et analytique permet d'aborder ensuite d'une manière synthétique la deuxième question portant principalement sur les conditions requises pour que soit mise en jeu ce typle particulier de responsabilité du fait d'autrui qu'est la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées.

Avant d'entreprendre l'étude du domaine et du régime de la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées intervenant dans l'action administrative, il faut résoudre une difficulté préalable relative à la délimitation du sujet.

Sous-Section préliminaire. — *DELIMITATION DU SUJET.*

Pour mesurer la portée exacte de la responsabilité de la puissance publique du fait de l'activité dommageable des personnes privées, il convient d'écarter trois séries d'hypothèses.

Dans les deux premières, il y a bien responsabilité d'une personne publique pour des dommages ayant leur origine dans l'activité d'une personne privée, mais cette responsabilité s'explique par des raisons particulières.

L'une a trait aux situations dans lesquelles — en application d'une technique du droit privé — la responsabilité d'une personne publique est recherchée par le créancier d'une personne morale de droit privé elle-même créancière de la personne publique. L'action oblique, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, permet en effet aux créanciers d'une personne privée elle-même créancière d'une personne publique d'obtenir de celle-ci — dans la limite de la créance — la réparation d'un préjudice souffert du fait de la défaillance de celle-là (104).

L'autre concerne la responsabilité de la puissance publique en tant que « successeur » (105) d'une personne privée dissoute dont le patrimoine lui a été dévolu conformément à la loi ou aux dispositions des statuts de l'organisme dissous (106).

Une troisième et dernière série d'hypothèses doit être écartée, car elle ne correspond pas à l'idée d'une responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées. Elle concerne des situations dans lesquelles le dommage est causé en relation avec l'activité des personnes privées intervenant dans l'action administrative, mais par la puissance publique elle-même. De telles situations se rencontrent dans deux cas principaux :

D'une part lorsque les dommages sont causés par des agents que la puissance publique met à la disposition des personnes privées (107). En certaines hypothèses, ces agents n'engagent pas la responsabilité de la personne privée bénéficiaire de ce « prêt » de personnel administratif, mais celle de la personne publique dont ils relèvent (108). Il en va ainsi notamment lorsque ces agents agissent, non pas comme subordonnés ou préposés de la personne privée (qui dans ce cas

(104) V. C.E., 21 juin 1957, Dupuy, A.J.D.A. 1957.I.49 concl. Chardeau ; II, p. 335, note P. Sillard ; p. 394, Chron. Fournier et Braibant. Sur l'action oblique en matière de contrats administratifs, V. de Laubadère, Contrats, tome II, n° 509.

(105) Ce terme est utilisé dans l'arrêt du Conseil d'Etat, Clément du 12 juillet 1955, A.J.D.A. 1956.II.103, note Pinto (« Etat successeur d'une association dissoute »...).

(106) C'est ainsi que la responsabilité de l'Etat « successeur » a été substituée à celle des groupements professionnels supprimés à la Libération : C.E., 28 oct. 1949, Société coopérative des expéditeurs de viandes foraines du Centre d'abattage d'Issoire, Rec. 441 ; 20 avr. 1951, Sté Ungemach, Rec. tables, p. 674 ; 4 févr. 1955, Sté des établissements H. Signoble, Rec. 66 ; 6 janv. 1956, Manufacture française d'armes et de cycles de Saint-Etienne, Rec. 3, A.J.D.A. 1956.II.84.

F.P. Bénoit, Responsabilité de la puissance publique, Patrimoine responsable, Juriscl. adm., fasc. 731, n° 7.

(107) Sur cette pratique, V. supra, p. 204 s.

(108) Nonobstant les dispositions contraires d'une convention transférant la responsabilité à la personne privée. V. le texte de la convention conclue entre l'Etat et les sociétés privées de préparation militaire, in P. Boissier, op. cit., p. 95, et in J.M. Bécet, La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'Armée aux particuliers, Préface de J. Moreau, L.G.D.J., 1969, note 23, p. 246.

doit être considérée comme leur commettant), mais continuent à exercer leur activité sous la direction et conformément aux ordres de leur supérieur hiérarchique administratif (109). Lorsqu'une personne publique est déclarée responsable dans ces conditions, on ne peut considérer qu'elle répond des dommages causés par une personne privée. Elle répond en fait de ses propres agents et non des agents d'une personne privée.

D'autre part, lorsques les dommages sont causés par l'exercice ou le défaut d'exercice des pouvoirs de contrôle et plus généralement de surveillance de la puissance publique sur les activités d'une personnes privée. En ces hypothèses, la responsabilité de la puissance publique est engagée non pour la faute de la personne privée contrôlée, mais pour sa propre faute qui s'en distingue (110).

S'il en était toujours ainsi, il n'y aurait pas de problème de délimitation. Or il semble que parfois la responsabilité de la puissance publique en tant qu'autorité de contrôle est engagée sans qu'une faute distincte puisse lui être imputée. Plus précisément, contrairement aux hypothèses précédentes où la faute de la personne privée contrôlée n'a pas pour corollaire une faute de l'autorité de contrôle, parfois l'existence d'une faute de la personne privée paraît faire présumer une faute de l'autorité de contrôle. Cette situation est comparable à la responsabilité de la puissance publique du fait de ses agents lorsque la faute personnelle de l'agent public « révèle » une faute de service, que le juge « s'évertue » à établir, et qui n'existe que parce qu'il y a une faute personnelle (111). De même, pour les personnes privées. Le juge fait jouer cette présomption, alors qu'aucune faute distincte ne peut être reprochée à la personne publique (112), et, du seul fait que l'organisme privé a commis une faute, il conclut à une faute de la personne publique, résultant d'un défaut de surveillance de celle-ci.

---

(109) Cette règle résulte d'une jurisprudence relative notamment aux accidents survenus à l'occasion des séances de préparation militaire (effectuée dans le cadre de sociétés privées) dans la partie technique réalisée sous la direction de l'armée (V. notamment, T.A. Oran, 19 nov. 1956, Bentolila, Rec. 575).

Sur cette question, V. P. Boissier, thèse citée et J.M. Bécet, op. cit., p. 246.

F.P. Bénoit, Responsabilité publique, Juriscl. adm., fasc. 700, n° 149. Adde Odent, C.A., p. 1025. V. aussi C.E., 16 mars 1945, Dauriac, Rec. 53, D. 1946.141, concl. Lefas (Commune déclarée responsable d'un dommage causé à un sapeur-pompier participant à un concours organisé par une association privée, l'accident étant en partie imputable au chef de la compagnie des sapeurs-pompiers de la commune). Comp. avec C.E. 29 oct. 1956, consorts Benoît, Rec. 397.

(110) C.E., 5 nov. 1926, Delpin, Rec. 938 ; 5 nov. 1937, Caire, Rec. 899 ; 31 mai 1946, Etablissements Périgné, Rec. 154 ; 11 mai 1951, Niepce, Rec. 266 ; 7 mai 1956, Michel et Petit, Rec. 190 ; 22 oct. 1954, Ganiayre, Rec. 552 ; 7 nov. 1958, Société Electricité et Eaux de Madagascar et territoire de Madagascar, Rec. 530, concl. Heumann.

A propos des S.A.F.E.R., V. réponse à la question de M. Jacquet, n° 6196, J.O., déb. parl. A.N., 1964, 29 févr., p. 386.

(111) Cf. J. Moreau, Responsabilité personnelle et responsabilité de l'administration, Juriscl. adm., fasc. 705, n° 234 s.

(112) C.E., 12 juill. 1955, Ville de Puteaux, Rec. 424.

Cette responsabilité de la puissance publique pour défaut ou négligence dans la surveillance d'organismes privés ne cache-t-elle pas en réalité une responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées, dont le Conseil d'Etat garde d'ailleurs l'entière maîtrise puisqu'il peut faire jouer ou non la présomption selon qu'il désire ou non déclarer la puissance publique responsable des fautes des personnes privées ? (113).

On pourrait imaginer de distinguer les cas où il existe une faute de l'autorité de contrôle distincte de celle de la personne privée contrôlée et ceux dans lesquels en réalité la seule faute de celle-ci « révèle » une faute de celle-là, en vue d'exclure les situations correspondant à la première hypothèse et de retenir la seconde comme manifestation d'une responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées.

En fait cette distinction serait délicate. Il paraît préférable de les exclure toutes deux, et de ne retenir dans la suite de ces développements que les cas purs, dans lesquels la responsabilité de la puissance publique est engagée sans qu'un fait ou une faute ne puissent lui être reprochés.

Sous-Section I. — *LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE.*

La détermination des cas dans lesquels les personnes publiques sont tenues de réparer les dommages causés par des personnes privées peut être effectuée en prennant en considération la nature de cette responsabilité et en distinguant selon qu'elle est subsidiaire, c'est-à-dire ne jouant que dant l'hypothèse d'insolvabilité de la personne privée, ou principale, c'est-à-dire pouvant être engagée même dans le cas de solvabilité de celle-ci. Une ventilation des cas de responsa-

---

(113) Comp. l'arrêt Ville de Puteaux cité note (112) et l'arrêt Toubhans cité note (100), tous les deux relatifs à des associations « fictives » et consacrant des solutions opposées malgré des circonstances voisines.

Dans ses conclusions sur ce dernier arrêt (Rec. 1962, p. 183 s.), le commissaire du gouvernement, après avoir recherché si la responsabilité de l'Etat peut être engagée sur le terrain de « la jurisprudence sur les renseignements erronés et sur la responsabilité de l'autorité de tutelle ou de contrôle en raison d'un exercice insuffisant de ce contrôle », et après avoir écarté « ces jurisprudences traditionnelles », se demande s'il n'est pas « nécessaire de sortir des sentiers battus et chercher un terrain nouveau... ». Pour mettre à la charge de l'administration les conséquences dommageables des pratiques de création de personnes privées « fictives », il envisage en fait une responsabilité pour faute de l'administration (« grâce à la carence de l'administration »), et non pas, contrairement à ce qu'on pouvait penser, une responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées « fictives » qu'elle a crées.

La jurisprudence relative à la responsabilité des personnes privées « fictives » constitue donc formellement au moins une confirmation du principe de non responsabilité des personnes publiques du fait des personnes privées.

V. cependant l'arrêt Commune d'Accueil (cf. supra, p. 40, note (94)), où une commune est directement déclarée responsable d'un préjudice causé à l'occasion du fonctionnement d'un patronage municipal constitué sous la forme d'une association de la loi de 1901 dont la personnalité juridique est écartée par le Conseil d'Etat.

bilité sur cette base a le mérite d'opposer les simples atténuations au principe d'irresponsabilité (Responsabilité subsidiaire) aux véritables atteintes à ce principe (Responsabilité principale).

§ 1 — LES ATTENUATIONS AU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITE : LA RESPONSABILITE SUBSIDIAIRE.

En deux hypothèses seulement, relatives toutes deux à des dommages résultant de travaux publics, la responsabilité de la puissance publique est engagée si la personne privée est insolvable. Toutefois, cette responsabilité subsidiaire a sa source, soit dans un texte législatif (occupation temporaire), soit dans la jurisprudence (concession de travaux publics).

A) Dommages résultant d'une occupation temporaire (Art. 18 al. 2 de la loi du 29 décembre 1892).

Ce texte prévoit qu'en cas d'insolvabilité des entrepreneurs ou autres personnes auxquelles l'administration a délégué ses droits (114), les propriétaires ont un recours subsidiaire contre l'administration qui doit les indemniser intégralement (115).

Le juge administratif a précisé que, s'agissant d'une responsabilité subsidiaire, l'administration est simplement caution solidaire et non pas débiteur solidaire (116). Il admet néanmoins que cette responsabilité peut être mise en cause dès le début de l'instance si l'insolvabilité de l'entrepreneur était à prévoir (117).

Deux remarques doivent être faites à propos des deux principales catégories de personnes privées délégataires du droit d'occupation temporaire, entrepreneurs et concessionnaires.

Pour les entrepreneurs, la loi de 1892 s'écarte de la solution admise par le juge administratif dans le cas de travaux publics effectués à l'entreprise, lorsque les dommages sont sans relation avec l'occupation de la propriété privée, puisque dans cette hypothèse le juge a posé la règle de la responsabilité principale de l'administration (118).

Pour les concessionnaires de travaux publics au contraire, la loi de 1892 s'inscrit dans le prolongement des solutions jurisprudentielles : la responsabilité de la puissance publique du fait des dommages de travaux publics causés par un concessionnaire est toujours subsidiaire. Cette loi est donc sans influence à leur égard.

---

(114) Cf. supra, p. 293 s.
(115) V. aussi l'article 12 de cette loi.
(116) C.E., 12 juill. 1933, Baudon, Rec. 789.
(117) V. C.E., 2 avr. 1898, Meuzy, Rec. 314 (entrepreneur en état de liquidation judiciaire), et note anonyme, sous C.E., 17 juin 1904, Marguerin, Rec. 499.
(118) V. infra, p. 311 s.

Ainsi, dans le cadre de la loi de 1892, entrepreneurs et concessionnaires sont dans la même situation, contrairement aux solutions jurisprudentielles intervenues à propos de dommages de travaux publics autres que ceux résultant de l'occupation de la propriété privée.

B) Dommages de travaux publics dans le cas d'une concession.

Il est de jurisprudence constante, au moins depuis le XX[e] siècle (119), que si le concessionnaire ne peut payer lui-même, la puissance publique doit répondre de sa défaillance (120). Il en est ainsi, que le dommage résulte de l'exécution d'un travail public par le concessionnaire (121), de l'existence ou du fonctionnement d'un ouvrage exploité par celui-ci (122).

Le terme concessionnaire doit être entendu dans un sens large englobant le concessionnaire proprement dit, mais aussi le fermier et le régisseur intéressé (123).

Ce cas de responsabilité de la puissance publique ne ferait l'objet d'aucune difficulté majeure si ne se posait parfois le problème de la distinction de la qualité de concessionnaire d'avec celle d'entrepreneur (124) ou de mandataire (125), notamment dans les hypothèses où une même personne revêt les deux qualités à la fois. La nature de la responsabilité de la puissance publique n'étant pas la même dans les deux cas, l'identification de la qualité dans laquelle agit la personne privée au moment du dommage est nécessaire pour déterminer si cette responsabilité est subsidiaire (concessionnaire) ou principale (entrepreneur, mandataire), et pour savoir s'il y a atténuation ou atteinte au principe d'irresponsabilité.

§ 2 — LES ATTEINTES AU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITE : LA RESPONSABILITE PRINCIPALE.

Lorsqu'on parle de responsabilité subsidiaire de la puissance publique, cela signifie qu'il y a responsabilité principale de la personne privée.

---

(119) Cf. F. Moderne, La détermination du patrimoine responsable dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1966, p. 56 s.

(120) V. P. Duez, La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat), Dalloz, 1938, p. 135-136, et bibliographie, p. 329. Cet auteur critique la position de la jurisprudence qui n'admet qu'une simple responsabilité subsidiaire.

(121) V. la jurisprudence citée par F. Moderne, p. 58, note 103.

(122) Moderne, article cité, p. 69, note 160.
C.E. 20 févr. 1961, Ville de Béziers, Rec. 113.

(123) Sur cette assimilation, V. supra, p. 74.
V. la jurisprudence citée par F. Moderne, p. 53, note 58, et p. 70, note 165.

(124) Moderne, suite de l'article cité, C.J.E.G. 1967, p. 5.

(125) Cf. arrêt cité supra, p. 198, note (42).

Lorsqu'on parle de responsabilité principale de la puissance publique, cela n'exclut pas que la responsabilité de la personne privée puisse être également principale. Admettre l'idée de responsabilité subsidiaire de la personne privée aurait d'ailleurs peu de sens, car l'on conçoit mal que la puissance publique soit insolvable.

Il ne faut pas confondre le problème de savoir si la responsabilité de la puissance publique est subsidiaire ou principale avec celui de savoir si cette responsabilité est parallèle à celle des personnes privées ou exclusive de la responsabilité de celle-ci. Si la responsabilité est parallèle, la victime a une option, si elle est exclusive, la victime ne peut attaquer que la personne publique (126).

Pour que l'on puisse parler de responsabilité principale de la puissance publique du fait des personnes privées, il suffit que la victime puisse mettre en jeu directement la responsabilité de la puissance publique, même si subsiste parallèlement une responsabilité principale de la personne privée.

Ces cas de responsabilité principale sont admis pour la plupart par la jurisprudence. Si le législateur est intervenu à différentes reprises en ce domaine, son intervention n'a eu comme effet, sauf exception (127), que de déroger aux règles normales de répartition des compétences (128), ou de modifier les conditions d'engagement de la responsabilité (129). Son influence sur le domaine de la responsabilité est très limitée et ne justifie pas des développements particuliers, d'autant que la détermination ultérieure du régime de la responsabilité sera effectuée à partir des données jurisprudentielles.

---

(126) Sur la question de savoir si la responsabilité (principale) est exclusive ou parallèle, V. infra, p. 324.

(127) V. l'article 66 de la loi du 17 avril 1919 et la loi du 3 mai 1921 prise pour son exécution (Responsabilité de l'Etat sans faute pour les dommages causés par les explosions dans les usines privées travaillant pour la défense nationale, pour lesquelles la théorie jurisprudentielle du risque exceptionnel de voisinage n'aurait pu s'appliquer). V. Bécet, op. cit., p. 120 s. et notamment, p. 123. Sur la caducité de ce texte, C.E., 21 oct. 1966, Ministre des armées, Rec. 557 ; Bécet, p. 134.

V. art. 6, 3°-b de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre (Responsabilité de l'Etat en matière de dommages causés par des substances ou objets sous la garde d'une entreprise travaillant pour le compte de l'Etat ou des autres personnes publiques).

Adde, C.E., 16 mai 1952, Mortka, Rec. tables, 726 : tous les risques encourus par les jeunes gens admis dans les centres de jeunesse créés en vertu des lois du 28 novembre et du 9 décembre 1940 sont, aux termes de l'article 33 de l'arrêté interministériel du 21 décembre 1940, pris en charge par l'Etat dans des conditions à fixer par un texte ultérieur. La circonstance que le texte n'est pas intervenu ne permet pas au ministre de soutenir que l'accident mortel survenu à un jeune apprenti d'un centre de jeunesse n'engage que la seule responsabilité de l'association privée gestionnaire de ce centre.

(128) Loi du 31 décembre 1957 attribuant aux tribunaux judiciaires compétence pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne morale de droit public, V. infra, note (140).

(129) Art. 3 de la loi du 1er juillet 1964 (Responsabilité de l'Etat pour les dommages imputables directement à une vaccination obligatoire), V. infra, p. 317.

Avant de se demander si ces données jurisprudentielles s'ordonnent en un tout cohérent ou ne constituent qu'un agrégat hétérogène, il est nécessaire de recenser les cas où la responsabilité de la puissance publique est admise. Ils concernent les dommages résultant (130) :

- des décisions administratives prises par les personnes privées pour le compte d'une collectivité publique,
- de l'exécution défectueuse d'un mandat,
- des travaux publics effectués à l'entreprise,
- de l'activité de diverses institutions agissant sous l'autorité de la puissance publique,
- de l'exercice de la fonction de police,
- des accidents consécutifs à une vaccination obligatoire,
- de l'activité d'enfants confiés à des personnes privées participant à l'exécution du service public de l'éducation surveillée.

A) Dommages résultant de décisions prises pour le compte d'une collectivité publique.

Lorsque la décision d'une personne privée est administrative par sa nature propre (131), elle est susceptible d'entraîner la responsabilité administrative de la personne privée (132). Lorsque la décision présente ce caractère parce qu'elle est édictée pour le compte d'une collectivité publique (133), elle est de nature à engager la responsabilité de celle-ci en application de l'idée de représentation.

L'arrêt Kampmann permet de vérifier que les actes édictés par une personne privée, non pour son propre compte, mais pour celui d'une collectivité publique engagent la responsabilité de cette collectivité :

« Si le gouverneur de la Banque de France est, en vertu de l'article 12 de la loi du 2 décembre 1945, vice-président du Conseil national du crédit et président de la Commission de contrôle des banques, il n'agit pas, dans l'exercice desdites fonctions, en qualité de représentant de la Banque de France et ne saurait engager la responsabilité de cet établissement ; qu'il en est de même des agents de la Banque de France lorsqu'ils sont appelés, en vertu de l'article 13 de la loi précitée et de l'article 51 de la loi du 13 juin 1941, relative à la réglementation bancaire, à agir pour le compte du Conseil national du crédit ou de la Commission de contrôle des banques ; que, par suite, en tant qu'elle est fondée sur de prétendues fautes imputables au gouverneur ou aux agents de la Banque de France, agissant comme membres ou agents de la Commission de contrôle des banques ou du Conseil national du crédit, la requête susvisée est mal dirigée » (134).

(130) Ordre logique (actes juridiques, opérations matérielles) et chronologique pour les opérations matérielles.

(131) V. supra, p. 156 s.

(132) V. supra, p. 285 s.

(133) V. supra, p. 163.

(134) C.E., 12 févr. 1960, Kampmann, Rec. 107. Du même jour, même décision, D'Eudeville, A.J.D.A. 1960.II.266, chr. Combarnous et Galabert, I, p. 47.

Cette espèce fournit une illustration intéressante de la notion de dédoublement fonctionnel à propos d'une personne privée qui, lorsqu'elle agit pour son compte, assume une responsabilité propre ainsi que l'indique d'ailleurs un autre considérant de l'arrêt Kampmann (135), et qui, lorsqu'elle agit pour le compte de l'Etat, engage la responsabilité de celui-ci.

Comme le « mandataire » légal, le mandataire conventionnel engage la responsabilité de la personne représentée.

B) Responsabilité résultant de l'exécution défectueuse d'un mandat.

Il peut sembler surprenant de parler de responsabilité de la puissance publique du fait d'une personne privée en matière de mandat. L'action du mandataire étant directement imputable au mandant, celui-ci répond en droit de dommages directement causés par lui-même.

Parler de responsabilité de la puissance publique du fait d'une personne privée en ce domaine n'est toutefois pas contraire au régime du mandat en droit administratif dans la mesure où celui-ci admet beaucoup plus largement qu'en droit privé que le tiers possède une action directe contre le mandataire (136). De fait, le juge administratif déclare recevable l'action tendant à la condamnation solidaire et conjointe du mandant et du mandataire (137). Dans l'espèce Triller, seul l'Etat est mis en cause et est condamné à réparer les dommages résultant exclusivement des fautes du mandataire : le requérant soutenait que l'Etat devait être déclaré pécuniairement responsable des deux fautes successives et distinctes qu'auraient commises ses agents et ceux du comptoir central d'achats, société privée participant à la gestion d'un service public en qualité de mandataire de l'Etat. Après avoir relevé qu'aucune faute n'est imputable aux agents de celui-ci, le Conseil d'Etat ne l'en condamne pas moins pour les fautes commises par son mandataire : « Le sieur Triller, [qui] se prétend lésé du fait de la réalisation d'opérations effectuées par le comptoir central d'achats dans l'accomplissement de la mission spéciale qui lui a été dévolue, a pu dès lors demander directement à l'Etat pour le compte duquel le service était exécuté, la réparation du préjudice causé » (138).

Dans le mandat conventionnel comme dans le « mandat » légal, s'il y a responsabilité de la puissance publique du fait d'une personne privée, c'est parce que celle-ci agit pour le compte de celle-là.

On sait que tel est aussi le cas — mais pour des opérations matérielles — de l'entrepreneur qui effectue des travaux publics.

(135) V. supra, p. 282, note (10).
(136) Cf. supra, p. 288.
(137) C.E, 16 févr. 1966, Bernard, Rec. 113.
(138) C.E., 7 janv. 1927, Triller, R.D.P. 1927, concl. Rivet, note Jèze ; S. 1927.III.22, note Hauriou, p. 138 ; D. 1927.III.51, note Josse.

C) Dommages résultant de travaux publics effectués a l'entreprise.

Comme pour les mandataires (conventionnels), l'existence d'une responsabilité administrative des entrepreneurs (139) n'exclut pas la possibilité de faire jouer parallèlement (ou cumulativement) (140) la responsabilité principale de la puissance publique. Une telle responsabilité, parmi les plus anciennes (141) et quantitativement la plus importante résulte déjà de ce que la collectivité publique et l'entrepreneur sont solidairement responsables des dommages dont ils sont co-auteurs, contrairement à la solution adoptée lorsque la personne privée co-auteur d'un dommage partiellement imputable à l'administration, n'intervient pas dans l'action administrative (142).
L'existence d'une responsabilité de la puissance publique ressort encore mieux de ce qu'une collectivité publique peut être condamnée à réparer l'intégralité d'un préjudice ayant exclusivement son origine dans une faute de l'entrepreneur (143), sans pouvoir, à l'égard de la victime, décliner sa propre responsabilité en invoquant les fautes commises par l'entrepreneur ou en se fondant sur les clauses d'un contrat mettant la totalité de la réparation à la charge de celui-ci (144). La non-coïncidence entre le responsable et le fautif est ici complète à l'égard de la victime, qui n'a pas à déterminer l'auteur du dommage.

Le juge administratif n'indique pas pourquoi la responsabilité est ici principale (145) alors qu'elle n'est que subsidiaire dans le cas de dommages résultant de travaux publics effectués par un concessionnaire (146).

---

(139) V. supra, p. 290 s.

(140) Lorsque la compétence est judiciaire en application de la loi du 31 décembre 1957 (Cf. supra, p. 297, note 77), la responsabilité de l'administration est exclusive. Les tribunaux judiciaires ont considéré comme « agent » au sens de la loi de 1957 le préposé d'un entrepreneur de travaux publics, C.A. Nancy, 12 oct. 1961, D. 1962.15.

(141) La date d'admission de la responsabilité de la puissance publique n'est pas établie précisément. V. Moderne, La détermination du patrimoine responsable dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1966, p. 61. En 1892, Romieu hésite encore lorsqu'il y a faute de l'entrepreneur seul, non seulement sur l'existence de la responsabilité, mais aussi sur sa nature (directe ou subsidiaire), concl. sur C.E., 24 juin 1892, Ministre des travaux publics c. Garrigou, Rec. 573.

(142) En ce cas, l'administration n'est responsable que pour la part qu'elle a eue dans la réalisation du dommage. Cf. Odent, C.A., p. 1026.

(143) Cela résulte le plus souvent de ce que dans une phase ultérieure du litige ou dans un litige ultérieur, l'entrepreneur doit supporter la charge définitive des réparations imposées à la collectivité publique.
C.E., 13 juin 1928, Société industrielle et agricole de la Somme, Rec. 751 ; 5 févr. 1961, Association syndicale de la Vallée de l'Aubois, Rec. 72 ; 5 juill. 1961, Entreprise Leclerc, Rec. 463.

(144) V. F.P. Bénoit, Dommages résultant des travaux et ouvrages publics. Principes généraux, Juriscl. adm., fasc. 725, n° 243, et, exception limitée, n° 246 (accident du travail).
Moderne, article cité, p. 60 s.

(145) Un arrêt récent vient de confirmer que la responsabilité de la puissance publique est engagée « sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'entreprise était ou non solvable ». C.E., 3 févr. 1967, Ville de Bordeaux, A.J.D.A. 1967, p. 568.

(146) V. supra, p. 307.

Selon certains auteurs (147), la responsabilité est subsidiaire en matière de concession parce que le concessionnaire a une personnalité propre. On a déjà vu qu'une telle explication ne peut être exacte (148). L'entrepreneur comme le concessionnaire ont une personnalité propre. Selon le doyen Duez, la responsabilité est principale dans le cas de l'entrepreneur et subsidiaire dans le cas du concessionnaire, car l'un agit « pour le compte de l'administration et sous son contrôle », alors que l'autre « passe au premier plan parce que c'est lui qui gère le service public au regard des tiers (et donc de la victime du dommage) aussi bien que de l'administration » (149).

Faisant référence à ce qui précède, M. Moderne considère que, dans le cas d'une concession, la responsabilité est seulement subsidiaire parce que « l'administration concédante s'efface derrière le concessionnaire. L'autonomie incontestable dont celui-ci dispose, justifierait la mise hors de cause des collectivités concédantes lorsqu'il s'agit de réparer les conséquences dommageables d'opérations dont elles n'ont pas pris l'initiative et dont elles ne bénéficient pas directement » (150).

En d'autres termes, ces auteurs paraissent considérer que si l'administration est responsable à titre principal des dommages causés par un entrepreneur, c'est en raison principalement de l'absence d'autonomie de celui-ci. Il est vrai que l'entrepreneur se trouve sous la dépendance étroite de l'administration, qui assure la direction des travaux en lui adressant des ordres. La situation de l'entrepreneur serait en quelque sorte assimilable à celle d'un préposé, et c'est en sa qualité de commettant que l'administration devrait réparer les dommages causés.

Si l'on peut contester éventuellement que l'entrepreneur soit à l'égard de l'administration dans une situation de préposé à commettant (151), il n'est pas contestable que les fautes du préposé engagent la responsabilité du commettant même lorsque le préposé est une personne morale de droit privé et le commettant une personne morale de droit public.

D) Dommages causés par diverses institutions agissant sous l'autorité de la puissance publique.

Après avoir indiqué que « chaque collectivité publique est responsable du fait des personnes qui sont, vis-à-vis d'elles, dans une relation semblable à celle de préposé à commettant » (152), M. Waline précise que des personnes étrangères à l'administration

(147) Josse, op. cit., p. 379.
(148) V. supra, p. 302.
(148) V. supra, p. 425.
(149) Duez, op. cit., p. 136.
(150) Moderne, op. cit., p. 57.
(151) Romieu : l'entrepreneur n'est pas un préposé ; concl. citées note (141) (Rec. 574).
(152) Waline, D.A., 1969, n° 1040-2°, p. 545.

peuvent engager la responsabilité de celle-ci : « Ce sont toutes celles qui, quelle que soit leur situation juridique, se trouvaient, au moment du fait dommageable, sous l'autorité des représentants de l'administration » (153).

Ces propositions, et notamment la dernière, valent pour les personnes morales de droit privé exerçant l'action administrative sous l'autorité de la puissance publique ou pouvant être considérées comme ses préposés.

C'est ce qu'avait admis un arrêt du Conseil d'Etat (154), alors critiqué par la doctrine parce qu'il admettait que la responsabilité de la puissance publique pût être engagée par une activité de service public non directement gérée par l'administration (155). En l'espèce, l'Etat a été tenu de réparer les conséquences dommageables d'un accident causé par une personne privée parce que celle-ci participait — « sous l'autorité » de l'administration — à l'exécution d'un service public.

De même, dans une décision antérieure, le Conseil d'Etat avait décidé que la responsabilité du comité national interprofessionnel des viandes pouvait être engagée par les dommages résultant de l'activité d'un groupement d'achat et de répartition en raison de ce que ce groupement était « placé sous l'autorité » dudit comité (156).

Quelques années auparavant (157), le Tribunal des Conflits rendait un département responsable du dommage causé par un pupille de l'Etat sous la garde d'une personne privée assurant l'exécution du service public de l'aide sociale à l'enfance, et alors que le dommage était imputable à une faute de surveillance de cette seule personne, au motif que celle-ci est un « préposé » de l'administration (158). Cette décision, il est vrai, n'innovait nullement sur ce point puisqu'elle se bornait à reproduire une qualification déjà opérée par un arrêt de la Cour de Cassation, critiqué par la doctrine non seulement parce qu'il admettait la qualité de préposé des nourriciers, mais aussi quant à la compétence qu'il déclarait être judiciaire (159).

Le Tribunal des Conflits, s'il infirme l'arrêt de la Cour de Cassation sur la question de compétence, le confirme quand au motif d'engagement de la responsabilité de la puissance publique (lien de préposition). En réponse aux auteurs critiquant cette qualification, M. Dehaussy répond : « S'il est vrai que les nourriciers jouissent d'une grande

(153) Eod. loc., n° 1042, p. 546.

(154) C.E., 21 oct. 1949, Cie d'assurances La Mutuelle du Mans, D. 1950. 162, note Waline.

(155) Waline, note précitée, p. 163.

(156) C.E., 17 mars 1947, Société Maviel et fils, Rec. 108.

(157) T.C., 20 janv. 1945, du Verne, Rec. 274, J.C.P. 1945.II.2868, note J.M., S. 1945.3.42.

T.C., 6 juill. 1946, Nicolas, Rec. 331.

(158) Cf. concl. Braibant sur C.E., 27 oct. 1965, Compagnie d'assurances générales contre les incendies et les explosions, Rev. trim. droit san. et soc. 1966, p. 70. A propos d'une affaire relative à des enfants assimilés à des pupilles, V. C.A. Colmar, 1er fév. 1967, Rev. trim. droit san. et soc. 1969, p. 79, note Moderne.

(159) Cass. Req., 4 juin 1929, Administration de l'assistance publique contre Rousselet, D.P. 1929.153, note Waline

latitude dans l'éducation des pupilles, ils n'en doivent pas moins observer les instructions que le service peut leur donner à tout moment concernant cette éducation » (160).

Il est une autre hypothèse où, comme dans la précédente, ce qui a été contesté c'est moins le principe de responsabilité que la question de la juridiction compétente pour apprécier celle-ci. Elle concerne des situations voisines de celle de l'arrêt La Mutuelle du Mans puisqu'elle est relative à la responsabilité de l'Etat pour des dommages résultant de l'activité de personnes privées réquisitionnées (161). Si le principe de la responsabilité de la puissance publique n'a pas été contesté (162) c'est parce que les personnes privées réquisitionnées agissent sous l'autorité de la puissance publique.

Enfin, parmi les institutions agissant sous l'autorité de la puissance publique (163) doivent être mentionnées celles qui agissent « aux risques » des personnes publiques (164).

Deux arrêts du Conseil d'Etat doivent être mentionnés à ce titre. Le premier confirme *a contrario* ce qui vient d'être dit : la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée par un accident survenu dans une école régionale de l'agriculture, alors que celle-ci est « gérée par son directeur aux risques et périls de celui-ci », et non pour le compte de l'Etat (165). Il est nécessaire d'avoir une confirmation positive. Elle résulte d'un arrêt ancien admettant que la responsabilité de l'Etat est engagée par les dommages causés par la fabrication de poudre entreprise « par les ordres et dans l'intérêt exclusif » de l'Etat par un industriel « agissant aux risques de l'Etat » (166).

Il est logique en effet que les personnes dont l'activité est susceptible d'engager directement les finances des collectivités publiques ne puissent agir que sous l'autorité de celles-ci.

---

(160) J. Dehaussy, L'assistance publique à l'enfance. Les enfants abandonnés. Préface de Louis Rolland, Sirey, 1951, p. 300.

(161) T.C., 27 nov. 1952, Duclos, Rec. 646. Du même jour, même décision, Gombier, R.D.P. 1953, p. 770. T.C., 12 févr. 1953, Amar Belmont, Rec. 585. C.E., 18 avril 1951, Compagnie de navigation Fraissinet, Rec. 194 (Référence au jugement du tribunal de commerce condamnant l'Etat).

(162) Une exception importante concerne les compagnies de chemins de fer, à propos desquelles la responsabilité de l'Etat a été écartée. V. la jurisprudence citée supra, note (89).

Pour une critique de cette jurisprudence, cf. Mauduit, op. cit., p. 110 s.

(163) Sur cette question, V. supra, p. 182 s. et 231.

(164) Cf. à propos du Crédit National, le jugement cité supra, p. 233, note (101), considérant que cette institution « agit exclusivement comme préposé du ministre des Finances lorsqu'il paye les indemnités de dommages de guerre ».

Dans le même sens, on peut citer les conventions conclues par le F.O.R.M.A. et les sociétés d'intervention sur les marchés, qui prévoient que la responsabilité de celles-ci est dégagée lorsqu'elles agissent « sur simple instruction du F.O.R.M.A. » (art. 4 de la convention générale du 15 oct. 1963 liant le F.O.R.M.A. à la S.I.B.E.V.) ou « comme simple prestataire de services » (Art. 4 de la convention générale conclue avec Interlait le 25 janvier 1965).

(165) C.E., 7 mars 1924, Dame Vve Bruel, Rec. 267.

(166) C.E., 12 juin 1874, De Plazanet, Rec. 557.

E) Dommages résultant de l'exercice de la fonction de police.

Dans l'arrêt Amoudruz, le Conseil d'Etat décide que la circonstance qu'une commune a confié l'exploitation du service des bains (sur une plage) à une personne privée et l'a chargée d'assurer en ses lieu et place, l'exécution de diverses mesures spécifiées dans la convention en vue de la protection des baigneurs « ne saurait, s'agissant de l'accomplissement d'une mission afférente à l'exercice de la police municipale, dégager cette collectivité administrative de la responsabilité qu'elle peut encourir directement envers la victime d'un accident ou envers ses ayants cause du fait de l'existence d'une faute provenant de l'insuffisance des mesures prescrites pour la prévention des accidents et le sauvetage des victimes ou du fait de l'existence d'une faute lourde commise dans l'exécution desdites mesures » (167).

Il s'agit bien d'un cas de responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées, car si le Conseil d'Etat envisage d'abord l'hypothèse d'une faute simple commise par la commune dans l'organisation du service (la commune dans cette hypothèse eût été responsable de son propre fait), il admet aussi qu'une faute lourde commise par l'exploitant (régisseur intéressé) dans l'exécution du service permet d'engager « directement » la responsabilité de la commune.

Le motif pour lequel le Conseil d'Etat admet en ce domaine une exception au principe d'irresponsabilité ne saurait résider dans ce que, ainsi que l'indique le jugement du conseil de préfecture de Caen (168), le contrat conclu par la commune avec son régisseur intéressé prévoit la responsabilité solidaire des deux, les clauses du contrat étant sans effet à l'égard du problème de l'obligation à la dette de la commune.

Cet arrêt est-il alors fondé, comme on a pu le soutenir (169), sur le principe que la police ne se concède pas ?

Une telle explication de la décision Amoudruz a déjà été critiquée plus haut sur le terrain de la qualification de l'activité du régisseur intéressé (police ou service public) (170). Sur le plan de la responsabilité, le recours à l'idée que la responsabilité est engagée parce que la police ne se concède pas est encore moins fondée.

D'un point de vue général, cette explication méconnaît que de nombreuses activités administratives autres que la police sont de nature à engager directement la responsabilité de la puissance publique alors qu'elles sont légalement concédées.

Sur le terrain de la police, le Conseil d'Etat a admis que la responsabilité de l'Etat est engagée par les fautes commises par un grou-

(167) C.E., 23 mai 1958, Amoudruz, Rec. 301, A.J.D.A. 1958.II.309, chr. Fournier et Combarnous.

(168) Cl. de Préfecture de Caen, 8 déc. 1953, Amoudruz, A.J.D.A. 1954, p. 70, note C.P.

(169) Cf. note (167).

(170) V. supra, p. 106.

pement de nature juridique privée revêtant le caractère d'un service supplétif de police, alors que n'était pas contestée la légalité de l'habilitation (d'ailleurs unilatérale) donnée à cette institution : « Du fait que la milice française revêt le caractère d'un service supplétif de police, les fautes commises par ses membres dans l'accomplissement de ce service sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat » (171).

Dans cet arrêt comme dans la décision Amoudruz, le Conseil d'Etat admet que la responsabilité de l'Etat est engagée du seul fait qu'il s'agit d'une activité de police. Il n'y a aucune motivation, mais seulement une affirmation fondée sur la nature de l'activité en cause, notion à laquelle le juge recourt faute de motifs plus solides.

F) Dommages résultant d'accident consécutif a des vaccinations obligatoires.

Bien que cette jurisprudence soit dépassée — depuis que la loi du 1er juillet 1964 a « introduit dans le Code de la Santé publique (art. L. 10.1) la règle que » (172) « sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun (c'est-à-dire l'action fondée sur une faute prouvée du service ou du praticien vaccinateur), la réparation de tout dommage imputable à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions du présent code et effectuée dans un centre agréé de vaccination, est supportée par l'Etat » — il n'est pas sans intérêt *a priori* de l'étudier, car elle peut contribuer à éclairer la question des conditions d'engagement de la responsabilité de la puissance publique. A la vérité cette attente est quelque peu déçue.

Le juge administratif a admis dès avant la loi de 1964 (ou pour des faits antérieurs à cette loi) que la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour faute (prouvée ou présumée) par les dommages résultant de vaccinations effectuées dans des centres gérés par des personnes privées intervenant dans l'action administrative (173). La loi du 1er juillet 1964 a donc eu pour seul effet de substituer une responsabilité sans faute à une responsabilité pour faute.

C'est ainsi que dans un jugement du 31 mai 1963, le tribunal administratif de Nantes décide :

« Les vaccinations obligatoires opérées par le médecin de la consultation de nourrissons ouverte par la caisse départementale d'allocations familiales... doivent être regardées comme faisant partie des soins que cet organisme privé est appelé à donner dans le cadre de la surveillance infantile, et constituent... une participation à l'exécution d'un service public dans l'intérêt de la collectivité nationale, et conformément à la mission qui lui a été confiée par le

(171) C.E., 22 févr. 1950, Duez, Rec. 118. L'arrêt Dlle Remise, du 25 juin 1952, D. 1952.168, note Morange, opère un revirement pour des motifs très critiquables (Cf. note Morange).

(172) Mode de citation du texte emprunté à M. Waline, qui est l'auteur du contenu des parenthèses, D.A. 1969, n° 1104, p. 578

(173) V. l'arrêté du 19 mars 1965, cf. supra, note (116), p. 237.

gouvernement ; que dès lors, les responsabilités encourues de ce fait incombent à la puissance publique... ; que dès lors le ministre de la Santé publique et de la Population n'est pas fondé à soutenir que la responsabilité de l'Etat ne saurait être mise en cause... » (174).

Pour admettre la responsabilité de la puissance publique, le tribunal administratif paraît se fonder sur ce que l'institution participe à l'exécution d'un service public et pour deux autres motifs qui sont en fait contenus dans le premier, à savoir que cette participation est faite dans l'intérêt de la collectivité nationale et conformément à une mission confiée.

C'est dire que les motifs invoqués sont relatifs à l'objet de l'intervention, à son but et à son fondement (l'habilitation préalable). Malgré leur nombre, ils sont insuffisants, car dans tous les cas où le principe d'irresponsabilité s'applique ils sont réunis en vain.

Le Conseil d'Etat a également admis, pour des faits survenus antérieurement à la loi de 1964, que la responsabilité de l'Etat peut être engagée en raison des dommages imputables à la participation d'une crèche au service public des vaccinations obligatoires, crèche relevant d'une association reconnue d'utilité publique (175).

Du point de vue des motifs de l'admission de la responsabilité de la puissance publique, ce dernier arrêt est encore plus décevant que l'arrêt Ascensio : à une motivation insuffisante succède une absence de motivation.

Si l'on devait donner un motif à cette jurisprudence, peut-être pourrait-on le trouver en opérant la synthèse de deux constatations antérieures : les institutions fonctionnant sous l'autorité de la puissance publique engage la responsabilité de celle-ci. Or les centres privés agréés sont tenus de se conformer aux instructions qui leur sont données par l'autorité administrative.

G) Dommages causés par des enfants confiés a des personnes privées participant a l'exécution du service public de l'éducation surveillée.

L'arrêt Delannoy confirme que l'évolution de la responsabilité de la puissance publique s'opère dans le sens d'un élargissement du domaine d'application de la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées et d'une admission élargie de la responsabilité sans faute.

Constatant que la généralisation de l'emploi des méthodes de rééducation fondées sur un régime de liberté surveillée « crée un risque spécial pour les tiers », le Conseil d'Etat en tire comme conséquence que :

---

(174) T.A. Nantes, 31 mai 1963, Ascensio, D. 1964, p. 344, note R. Savatier.

(175) C.E., 10 nov. 1967, Augusto, Rec. 422, R.D.P. 1968.701. Waline, D.A., 1969, n° 1086, p. 566. Note L. Dubouis, Rev. trim. de droit san. et soc. 1968, p. 298.

« La responsabilité du service public en raison des dommages causés aux tiers par les enfants confiés aux établissements où lesdites méthodes sont utilisées ne saurait être subordonnée à la preuve d'une faute, mais découle des conditions mêmes dans lesquelles le service fonctionne, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que les établissements dont s'agit sont des institutions publiques ou des institutions privées habilitées à recevoir des mineurs délinquants, lorsque les mêmes méthodes de rééducation y sont pratiquées » (176).

Cet arrêt illustre parfaitement la proposition citée plus haut selon laquelle la responsabilité de la puissance publique c'est la responsabilité des services publics, l'expression service public étant prise dans un sens n'excluant pas la gestion du service par des personnes privées.

Sur quel motif s'appuie le Conseil d'Etat pour dire qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon qu'il s'agit d'institutions publiques ou d'institutions privées ?

Ici encore force est de constater que, s'agissant de la substitution de la responsabilité de la puissance publique à celle de la personne privée à l'égard de la victime, l'arrêt n'est pas motivé.

Il n'est pas impossible que cette solution s'explique par le fait que la responsabilité est engagée sans faute. Admettre la responsabilité de l'Etat c'est éviter de soumettre les victimes à un régime différent selon que le dommage leur est causé par une personne publique, auquel cas la responsabilité est engagée sans faute devant les tribunaux administratifs, ou par une personne privée, auquel cas il est à craindre que le juge judiciaire alors seul compétent n'exige l'existence d'une faute.

Le recensement des différents cas de responsabilité n'a pas pour seul mérite de préciser d'un point de vue quantitatif l'importance des dérogations au principe d'irresponsabilité. Certaines indications qualitatives peuvent en être dégagées, qui rejoignent d'ailleurs celles qui ont été faites en conclusion de l'étude du principe d'irresponsabilité. La responsabilité principale de la puissance publique est admise à propos des personnes privées exerçant l'action administrative aussi bien à titre volontaire qu'à titre forcé, aussi bien pour celles qui gèrent un service public à caractère industriel et commercial que pour celles qui sont investies d'une mission administrative de service public, aussi bien pour celles qui sont soumises à un contrôle s'apparentant à la tutelle administrative que pour celle qui sont subordonnées par un lien plus étroit d'allure hiérarchique. Cette responsabilité est admise qu'il s'agisse d'opérations juridiques ou d'opérations matérielles, d'une responsabilité contractuelle ou d'une responsabilité extracontractuelle, que cette responsabilité soit engagée pour faute simple, faute lourde ou même en l'absence de faute. Le juge n'a suivi aucun des divers modèles théoriques qu'on aurait pu construire sur la base de ces indications.

---

(176) Arrêt cité supra, note (9).
Après avoir posé le principe, le Conseil d'Etat l'applique d'une manière positive aux faits de l'espèce.

Est-ce à dire qu'il pratique un empirisme total ? On peut le penser, surtout lorsqu'on se réfère aux services publics relatifs à la protection de l'enfance et si l'on note que certains services publics gérés par des personnes privées n'engagent pas la responsabilité de la puissance publique, alors que celle-ci est susceptible d'être recherchée pour d'autres.
En tout état de cause, on ne saurait l'admettre *de plano*, sur une simple impression, et avant l'étude du régime de la responsabilité.

Sous-Section II. — *LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.*

L'étude du régime de la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées intervenant dans l'action administrative vise à préciser quelles sont les conditions de cette responsabilité et quels en sont les effets.

Contrairement à ce que pourrait laisser croire une formulation aussi générale, les développements entrepris n'ont pas pour objet une étude d'ensemble de ces deux questions. Ils se limitent à ce qui constitue le problème essentiel, dans la perspective de cette étude, à savoir la question de l'imputabilité du dommage.

En conséquence, sont écartés, relativement aux conditions de la responsabilité, les questions ayant trait à la nature du fait dommageable et à la nature du préjudice (177), et relativement aux effets de la responsabilité, le problème de la réparation du préjudice.

Positivement, cette étude porte sur les conditions d'imputabilité à une personne publique (178) des actes ou opérations dommageables d'une personne privée et sur les effets de cette imputabilité. Ces deux problèmes permettent de faire le tour de la responsabilité de la puissance publique considérée sous l'angle de l'imputabilité puisque le premier est relatif à l'obligation de la puissance publique à la dette vis-à-vis de la victime alors que l'autre permet de préciser notamment la question de la contribution à la dette, c'est-à-dire qui doit assurer la charge définitive de la réparation.

§ 1 — LES CONDITIONS D'IMPUTABILITE.

L'étude analytique de la jurisprudence et les conclusions partielles déduites de celle-ci peuvent donner à penser que l'imputabilité à la puissance publique des fautes ou faits dommageables des personnes privées est résolue par le juge cas par cas, sans ligne directrice et en fonction de pures considérations d'opportunité.

---

(177) Les conditions relatives à ces deux points seront toujours supposées réunies.

(178) Le problème de la détermination de la collectivité publique responsable n'est pas abordé.

Si la jurisprudence ne forme pas un tout d'une cohérence absolue, les grandes lignes d'une construction d'ensemble se dégagent : le juge accepte d'imputer à la puissance publique le dommage causé par une personne privée seulement si la personne privée agit pour le compte d'une personne publique, seulement si la personne privée agit sous l'autorité de celle-ci.

Il convient de vérifier que telles sont bien les conditions d'imputabilité, tout en précisant si elles sont alternatives ou cumulatives.

A) IMPUTABILITÉ CONDITIONNÉE PAR L'EXISTENCE D'UNE ACTION POUR LE COMPTE D'UNE PERSONNE PUBLIQUE.

Lorsqu'une personne privée n'agit pas pour le compte d'une personne publique, le juge refuse d'engager la responsabilité de celle-ci.

L'exigence d'une telle condition ne doit pas surprendre, car elle a une portée générale en droit public comme en droit privé. Encore convient-il d'en préciser la signification exacte.

Le juge aurait pu admettre que toute personne privée intervenant dans l'action administrative agit pour le compte d'une personne publique. En un sens cela n'aurait pas été inexact. Tout service public une fois institué est une obligation à la charge des gouvernants, dont ils doivent s'acquitter, soit en le faisant « assurer » par l'administration, soit seulement en l'« assumant » s'ils aiment mieux en confier l'exécution à une personne privée. Celle-ci agit alors — ainsi que l'indique parfois le juge — « aux lieu et place » de la personne publique qui, par son droit de haute direction, veille au bon accomplissement du service dont elle demeure en dernier ressort « responsable ».

Ces idées, qui auraient pu servir de fondement à une construction juridique de droit positif conduisant nécessairement à l'adoption d'un principe général de responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées participant à l'exercice de l'action administrative, ont été rejetées.

En effet, le principe adopté est le principe d'irresponsabilité, et la seule participation à l'exécution d'un service public, si elle est une condition nécessaire de l'imputation, n'est pas une condition suffisante. Les décisions jurisprudentielles qui se fondent uniquement là-dessus ne sont en fait pas motivées.

En conséquence, si l'on peut dire que dans tous les cas les personnes publiques restent « responsables » de la bonne marche du service, il ne peut s'agir que d'une responsabilité morale ou « politique », et non d'une responsabilité juridique.

Toutes les difficultés relatives à la définition de la notion d'action pour le compte d'une personne publique viennent de la dissociation entre la notion d'action pour le compte de au sens « politique » ou administratif, et de cette même notion au sens juridique. Etant admis que seules les personnes privées agissant pour le compte d'une personne publique sont susceptibles d'en-

gager la responsabilité de celle-ci et que toutes les personnes privées intervenant dans l'action administrative n'agissent pas, d'un point de vue juridique, pour le compte d'une personne publique, le problème est de savoir à quelles conditions une personne privée peut être considérée comme exerçant l'action administrative pour le compte d'une personne publique, ou inversement, à quelles conditions elle agit pour son propre compte, bien qu'intervenant dans l'action administrative.

Le problème est plus simple à poser qu'à résoudre.

Il n'y a pas de difficulté toutefois lorsque le législateur indique expressément que la personne privée agit pour le compte d'une personne publique. De telles hypothèses étant l'exception, le problème subsiste qu'il convient d'essayer de résoudre à la lumière des solutions jurisprudentielles.

En jurisprudence, il y a une première série de cas où il n'y a pas de difficulté à admettre que la personne privée agit pour le compte d'une collectivité publique.

Ainsi en matière d'actes juridiques, unilatéraux ou contractuels, lorsque les personnes privées agissent comme représentants d'une personne publique. L'imputabilité à la puissance publique des dommages causés à cette occasion constitue le prolongement nécessaire sur le plan de la responsabilité de l'idée que ces actes ont édictés ou conclus pour le compte d'une personne publique.

En matière d'opérations matérielles, il est plus délicat de dire quand les personnes privées agissent pour le compte d'une personne publique. Cela est toutefois admis de longue date pour les entrepreneurs de travaux publics. On a vu plus haut que tel est aussi le cas de diverses institutions agissant sous l'autorité des personnes publiques, le juge recourant parfois simultanément à l'idée d'action pour le compte de et à la notion d'action sous l'autorité.

Est-ce à dire que seules agissent pour le compte de la puissance publique les personnes privées exerçant l'action administrative sous l'autorité de celle-ci ?

B) Imputabilité subordonnée a l'exercice d'une activité sous l'autorité de la puissance publique.

L'idée qu'un dommage résultant de l'activité d'une personne privée n'est imputable à une personne publique que si la première agit sous l'autorité de la seconde, est conforme au droit commun de la responsabilité tant administrative que privée (179).

La catégorie la plus importante de personnes privées dont l'activité engage la responsabilité des personnes publiques est constituée, on

---

(179) R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, th. Paris, 1953, n° 213 s., p. 229.

Adde, J. Guyénot, La responsabilité des personnes morales publiques et privées, Préface de Jean Carbonnier, L.G.D.J. 1959, p. 101 s.

l'a vu plus haut, par les institutions agissant sous l'autorité de celles-ci.

De plus, parmi les personnes agissant sous l'autorité de la puissance publique doivent être rangées différentes catégories d'institutions qui ont été étudiées séparément lors de l'étude analytique et descriptive, telles que les représentants légaux ou conventionnels, les entrepreneurs de travaux publics, les centres de vaccination agréés.

Ainsi, dans la presque totalité des cas, les personnes privées agissant pour le compte de la puissance publique sont celles qui agissent sous son autorité. En conséquence, le problème de savoir si la condition « d'action pour le compte de » et la condition « d'action sous l'autorité de » sont cumulatives ou alternatives ne se pose pas puisque les deux conditions n'en font qu'une. La plupart des cas de responsabilité de la puissance publique s'expliquent ainsi par le recours à l'idée que les personnes privées agissent pour le compte de la puissance publique parce qu'elles agissent sous son autorité.

On ne peut ériger cette règle en principe absolu. Elle connaît en effet deux séries d'exceptions.

Il y a tout d'abord des cas où les personnes privées sont considérées comme agissant pour le compte de collectivités publiques alors qu'elles n'agissent pas sous l'autorité de celles-ci, mais simplement sous leur haute direction. Tel paraît être l'hypothèse de l'arrêt Amoudruz et de l'arrêt Delannoy. En sens inverse, il y a des cas où une personne privée agit sous l'autorité d'une personne publique sans qu'elle soit considérée comme agissant pour le compte de celle-ci. Ainsi les compagnies de chemins de fer réquisitionnées et entièrement « à la disposition » de l'autorité militaire (180).

Etant donné qu'il peut y avoir « action pour le compte de » sans qu'il y ait « action sous l'autorité de », et inversement, « action sous l'autorité de » sans « action pour le compte de », force est de constater que la coïncidence entre les deux notions n'est pas totale. Cette non coïncidence est-elle la mesure de l'empirisme du juge ou peut-elle être expliquée par « un petit principe » applicable à titre d'exception ? Cette question se pose pour les deux cas de dissociation sus-mentionnés, et dans les deux cas, elle reçoit une réponse négative. Il n'y a d'explication commune, ni pour les deux hypothèses où il y a « action pour le compte de » sans qu'il y ait « action sous l'autorité de », ni pour celles-ci et la situation inverse. En ce dernier cas, il est vrai, si la non coïncidence affecte partiellement la cohérence du système jurisprudentiel global, qui est essentiellement déterminé par le juge administratif, elle ne s'explique pas par la volonté de celui-ci, mais par celle du Tribunal des Conflits.

(180) Cf. supra, note (89).

Sous réserve de ces exceptions de portée limitée, le domaine de la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées intervenant dans l'action administrative est bien délimité. Il correspond aux activités gérées par des personnes privées sous l'autorité de la puissance publique.

Cette responsabilité de la puissance publique est une conséquence de l'idée que les personnes privées agissant sous l'autorité de celle-ci sont davantage intégrées à l'institution administrative que celles qui agissent sous sa haute direction (181).

Il est vrai que cette intégration est relative. Elle vaut à l'égard de la victime, mais non vis-à-vis de la personne privée auteur du dommage.

§ 2 — LES EFFETS DE L'IMPUTABILITE.

Le problème des effets de l'imputabilité à la puissance publique des dommages causés par une personne privée doit être posée tant à égard de la victime du dommage que vis-à-vis de la personne privée auteur de celui-ci (182).

A) Effets de l'imputabilité a l'égard de la victime.

L'effet direct de l'imputabilité à la puissance publique d'un dommage causé par une personne privée est de permettre à la victime d'engager la responsabilité de la puissance publique.

La question qui se pose est de savoir si, en plus de l'action contre la puissance publique, la victime a la possibilité, dans une action distincte ou non, de poursuivre l'auteur du dommage ; en d'autres termes, si elle a ou non une faculté d'option.

La réponse est simple, à condition de distinguer, dans le cas d'une responsabilité principale de l'administration (183), selon que cette responsabilité est exclusive ou parallèle. Dans le cas de responsabilité exclusive, il n'y a pas d'option. La victime peut seulement demander réparation à la personne publique. Une action intentée contre la personne privée serait « mal dirigée » (184).

Dans le cas d'une responsabilité parallèle, il y a deux débiteurs primaires de l'obligation. L'option est possible. Avant de préciser le champ d'application respectif de la responsabilité parallèle et de

---

(181) Ces conclusions confirment, d'une manière inattendue, que les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont en principe soumises à un contrôle s'apparentant plus à la tutelle qu'à la hiérarchie.

(182) L'hypothèse de dommages subis par la personne privée intervenant dans l'action administrative est exclue.

(183) Dans le cas de responsabilité subsidiaire, il n'y a pas d'option. Le recours contre l'administration n'est possible qu'en cas d'insolvabilité. Cf. supra, p. 307.

(184) V. arrêts Kampmann et d'Eudeville, Cf. note (134).

Cette affaire fait songer à certaines suggestions de la doctrine, favorables à ce que le juge, dans l'intérêt de la victime « rectifie l'orientation de la requête ». Cf. Moderne, article cité, C.J.E.G. 1967, p. 22.

la responsabilité exclusive, notons que le problème considéré ici comme essentiel est un problème de fond et non un problème de compétence. La question ne se poserait pas moins en l'absence de dualité d'ordres juridictionnels. Celle-ci a pour seule conséquence de compliquer les choses lorsque, l'option étant permise, l'action contre la personne privée relève des tribunaux judiciaires et l'action contre la personne publique du juge administratif (185).

La règle qui se dégage de la jurisprudence administrative lorsque l'action contre la puissance publique et l'action contre la personne privée relèvent toutes deux de sa compétence, est qu'en principe — et ce principe a une portée quasi absolue — la responsabilité de la puissance publique est parallèle. La seule hypothèse où le juge administratif a admis que la responsabilité était exclusive est celle de l'espèce Kampmann (186). Le principe de la responsabilité parallèle apparaît partiellement dans la confrontation des cas de responsabilité administrative des personnes privées et des cas de responsabilité de la puissance publique, lorsque celle-ci doit être engagée devant le juge administratif. Ce sont les mêmes.
Ainsi, la responsabilité de la puissance publique ne fait pas disparaître, même à l'égard de la victime, la responsabilité principale de la personne privée.

La conception extensive de l'option par le juge administratif se vérifie tout particulièrement dans la jurisprudence relative au mandat, lorsque le législateur n'a rien précisé (187). La responsabilité solidaire et conjointe du mandant public et du mandataire privé paraît être admise en tant que principe, contrairement au droit commun, qui, sauf le cas de délit ou de quasi-délit, ne reconnaît au tiers qu'une action contre le seul mandant (188).
Cette conception extensive de l'option est également contraire au droit commun de la responsabilité administrative. Celui-ci ne consacre un droit d'option pour la victime que dans le cas de faute personnelle, lorsque celle-ci n'est pas dépourvue de tout lien avec le service. Lorsque la faute de l'agent consiste en une faute de service, il y a responsabilité exclusive de l'administration.
Dans la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées intervenant dans l'action administrative, le juge administratif (189) paraît ignorer la distinction faute personnelle faute de service, en ce sens que la responsabilité de la personne

(185) Ex. : T.C., 10 févr. 1949, Chabalier, Rec. 589.
(186) Dans le jugement visé supra, note (161), le tribunal de commerce met hors de cause la compagnie gérant le navire pour le compte de l'Etat et décide qu'il incombe à l'Etat seul d'indemniser la victime.
(187) En vertu de l'article 9 de la loi du 3 août 1917 (reconstitution agricole des départements victimes de l'invasion) et de la loi du 6 août 1917 (reconstitution industrielle) : « Les tiers mandataires sont responsables de leur mandat vis-à-vis de l'Etat conformément aux art. 1894 à 2010 c. civ. », D. 1918, p. 307 et 311.
(188) Cf. supra, note (39).
(189) Cf. par exemple à propos de l'entrepreneur de travaux publics. Contra, à propos des « nourriciers » et assimilés, F. Moderne, note citée (158), p. 93.

privée pourra être engagée même par une simple faute de service (190). La spécificité de la situation des personnes privées intervenant dans l'action administrative par rapport à celle des agents publics, s'agissant de l'obligation à la dette, se prolonge sur le plan de la contribution à celle-ci.

B) Effets de l'imputabilité a l'égard de la personne privée auteur du dommage.

Lorsque la puissance publique a été condamnée à réparer les dommages résultant de l'activité d'un service public géré par une personne morale de droit privé, celle-ci n'est pas définitivement soustraite à toute responsabilité.

Ce n'est d'ailleurs pas le cas pour les agents publics eux-mêmes lorsque leurs fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service ont engagé la responsabilité de l'administration. Celle-ci dispose d'une action récursoire lui permettant, selon les cas, de mettre à la charge de l'agent fautif, soit la totalité, soit une partie des sommes qu'elle a dû payer à la victime.

On comprendrait mal qu'il en aille différemment pour une personne morale de droit privé, certes agent de l'action administrative, mais ne faisant pas partie de l'administration au sens organique.

Il serait toutefois inexact de croire que l'action récursoire de la puissance publique à l'encontre de la personne privée n'est possible que dans les cas où elle l'est pour les agents publics. Ici encore se vérifie la spécificité de la situation des personnes privées par rapport à ces derniers.

D'un point de vue historique, cette spécificité résulte de ce que l'action récursoire contre les personnes privées a été admise bien avant qu'elle ne le soit pour les agents publics. On en trouve des manifestations dès le XIX^{e} siècle (191). En droit positif, elle résulte de ce que le domaine de l'action récursoire n'est pas limité aux hypothèses où la personne privée a commis une faute personnelle (192). Il s'étend tout

(190) Contrairement aux tribunaux judiciaires qui ont tendance à appliquer la distinction faute personnelle — faute de service indistinctement aux agents publics et aux personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative. Cf. Cass. civ., 26 juin 1953 (D. 1953.597) et 1er avril 1954 (D. 1954.437) ; C.A. Colmar, 1er février 1967, Rev. trim. de droit san. et soc. 1969, p. 78, note F. Moderne.

V. concl. Charbonnier, sur C.A. Rouen, 13 déc. 1955, J.C.P. 1956.II.9027, in fine.

Cass. civ., 26 janv. 1959, Bull. I, p. 43, note 52.

(191) C.E., 9 mars 1883, Banque de France et sieur Lépic c. le Ministre des Finances, concl. Le Vavasseur de Précourt, Rec. 250 ; 19 févr. 1892, Doutremepuich, Rec. 178.

(192) Ces questions sont souvent réglées en pratique, notamment en matière de travaux publics, par des conventions sur la responsabilité. V. F. Moderne, La répartition des charges indemnitaires entre maîtres d'œuvre et entrepreneurs dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1968, p. 98. Sur les limites de l'action récursoire, V. T.A. de Lyon, 20 juin 1969, Lenoble, A.J.D.A. 1970, p. 126.

aussi bien aux hypothèses où la faute est une simple « faute de service » (193).

Un trait cependant rapproche la situation des personnes privées de celle des agents publics, c'est la juridiction compétente pour connaître de l'action récursoire. Contrairement à l'opinion soutenue par certains auteurs (194), il semble que l'on doive admettre la compétence du juge administratif, car les rapports en cause sont des rapports de droit public. Le juge administratif n'a jamais décliné sa compétence dans des hypothèses de ce genre, alors même que la responsabilité de l'Etat avait été mise en jeu par les tribunaux judiciaires (195).

Les exceptions au principe d'irresponsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées ne valent ainsi qu'à l'égard de la victime. Dans les rapports de la puissance publique et de la personne privée, il n'y a jamais responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées. Celles-ci sont toujours responsables même de leurs fautes légères.

Il ne suffit pas d'avoir décrit les grands traits du régime juridique de la responsabilité de puissance publique du fait des personnes privées intervenant dans l'action administrative et plus généralement le régime de la responsabilité de celles-ci.

Après avoir résumé, comme pour les autres éléments du régime juridique des personnes privées participant à la fonction administrative, le rôle joué respectivement par la notion de service public et la notion de puissance publique, il n'est pas inutile d'essayer de préciser le fondement du système consacré par le droit positif.

Quels sont les rôles respectifs de la notion de puissance publique et de la notion de service public dans l'explication du régime de la responsabilité des personnes privées intervenant dans l'action administrative ? Toutes deux exercent une influence, mais cette influence est limitée. La notion de puissance publique (ou de gestion publique) explique la dérogation au droit commun consistant en l'existence d'une responsabilité administrative des personnes privées. Elle ne joue aucun rôle dans la construction du régime de la responsabilité des personnes publiques du fait des personnes privées. Les personnes publiques sont responsables aussi bien des services publics à gestion publique que des services publics à gestion privée.

La notion de service public a un rôle plus réduit. Elle n'exerce aucune influence sur la détermination de la juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre des personnes privées exerçant l'action administrative. Si elle a une

(193) En sens inverse la personne privée ne détient aucune action récursoire contre la puissance publique. C.E., 19 mars 1969, Barbey, Rec. 176 : « En l'absence de tout texte prévoyant que l'Etat doit automatiquement garantir le paiement des condamnations éventuellement encourues par un organisme privé chargé d'une mission de service public, il n'appartenait pas au tribunal administratif de Caen de mettre... à la charge de l'Etat les conséquences onéreuses de la condamnation prononcée par le Tribunal de grande instance de Lisieux à l'encontre de l'association en cause ».

(194) Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, article cité, cf. supra, note (9).

(195) C.E., 18 avril 1951, Cie de navigation Fraissinet, Rec. 194.

incidence sur l'imputabilité aux personnes publiques des dommages causés par les personnes privées, celle-ci est limitée. La gestion d'un service public est une condition nécessaire de cette imputabilité, mais non pas une condition suffisante.

Pour expliquer le principe d'irresponsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées, M. Demichel écrit :

« La substitution de responsabilité peut avoir des inconvénients pratiques très grands. Elle peut aboutir à une véritable immunité juridictionnelle des organismes privés, et même inciter les organismes à la négligence. Or, il n'est pas concevable que ce soient les deniers publics qui puissent être impunément engagés par les organismes privés, même si l'Etat exerce sur les organismes un contrôle très étroit » (196). La référence à ces raisons de bon sens, au souci des conséquences pratiques des règles posées, et à la défense des finances publiques n'est pas pour surprendre, car l'on dit que ce sont des préoccupations qui ont toujours habité le juge administratif.

Et pourtant, il résulte de ce qui précède que ces raisons, notamment le souci de la protection des finances publiques, ne sont pas pertinentes, bien qu'elles puissent correspondre à la pensée du juge. S'il est vrai que la responsabilité parallèle des personnes privées n'est pas une garantie suffisante contre leur « immunité », encore que, dans le cas de responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées, les personnes publiques puissent directement mettre en cause celles-ci, cette garantie réside dans l'existence d'une action récursoire généralisée, qui permet à la puissance publique de récupérer les sommes dont elle se borne en réalité à faire l'avance, ne supportant définitivement la charge de la réparation que si la personne privée est insolvable (197).

Dans ces conditions et dans la mesure où les exceptions au principe d'irresponsabilité visent à protéger non pas les personnes privées intervenant dans l'action administrative (198), mais les victimes, toute discrimination au sein de celles-ci fondée sur la nature des liens existant entre la puissance publique et les personnes privées paraît peu justifiée. Quel que soit le fondement de la responsabilité de la puissance publique du fait des personnes privées

(196) Demichel, op. cit., p. 534.

(197) Il est vrai que si les personnes publiques, après avoir été condamnées à réparer le dommage causé par les personnes privées, renoncent à se retourner contre celles-ci, il y a, nonobstant la possibilité théorique d'action récursoire, risque d'« immunité » des personnes privées. Une jurisprudence abondante (notamment en matière de travaux publics) montre que ce risque n'existe pas actuellement.

(198) Même lorsque la protection des personnes privées est envisagée, celle de la victime n'est pas absente. Cf. Dehaussy, thèse citée, p. 300 : La non responsabilité de la puissance publique pourrait détourner les particuliers de se charger d'enfants assistés. De plus les nourriciers ne sont pas toujours capables de réparer les préjudices causés.

La loi du 31 décembre 1957 est de ce point de vue une exception puisqu'elle vise la protection de l'« agent ».

(égalité, garantie, corrélation avantages-charges, profit, sécurité), tous exigent qu'un traitement identique soit fait aux victimes des personnes privées participant à l'exercice de la fonction administrative.

Aussi est-il permis de penser que l'évolution constatée plus haut dans le sens d'une multiplication des exceptions au principe d'irresponsabilité — qui peut conduire à terme à l'adoption d'un principe de responsabilité — peut se poursuivre sans crainte d'« immunité » des personnes privées, et parallèlement à l'admission, avouée ou déguisée, d'une responsabilité de moins en moins conditionnée par la faute (199).

*
* *

Le régime juridique des personnes morales de droit privé participant à l'exercice de l'action administrative présente un double particularisme.

Particularisme par rapport aux personnes privées qui n'interviennent pas dans l'action administrative tout d'abord. Ce particularisme consiste en la soumission à un régime exorbitant du droit commun traduisant la nature particulière des buts poursuivis et des moyens utilisés. La subordination des personnes privées intervenant dans l'action administrative à l'égard de la puissance publique, qui est aussi un élément de spécificité par rapport aux personnes privées en général, est parfois si étroite qu'elle interdit de considérer le phénomène étudié comme étant toujours l'application de l'idée de décentralisation.

Particularisme aussi à l'égard des personnes administratives. Celui-ci découle de leur qualité de sujets de droit privé, et se mesure à l'importance de la survivance de l'élément organique dans les notions du droit administratif. En revanche, lorsque sur un point donné le régime administratif s'applique aux personnes privées intervenant dans l'action administrative, c'est, sauf exceptions limitées (à la responsabilité), dans son intégralité et sans altération. Le juge administratif n'a pas élaboré pour les personnes privées exerçant l'action administrative un régime administratif propre et distinct de celui applicable aux personnes administratives.

La soumission à un régime administratif se justifie par l'idée de service public et l'idée de puissance publique.

La notion de service public explique tout d'abord que les personnes privées intervenant dans l'action administrative sont soumises par la volonté du législateur à certaines réglementations applicables aux personnes publiques. Cette situation peut très bien n'entraîner que des conséquences quant au fond du droit, et non quant à la compétence. Il en est de même le plus souvent en jurisprudence où la notion de service public est insuffisante à elle seule

(199) Cf. G. Soulier, Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité publique, R.D.P. 1968, p. 1090 s.

à entraîner la compétence de la juridiction administrative. De cette étude, il ressort que la notion de service public — si elle comporte quelques incertitudes au plan de la notion elle-même — n'en comporte pas au niveau des effets produits à condition toutefois que l'on prenne soin de distinguer à propos de chaque question si l'effet discriminatoire est attaché à la notion organique ou la notion fonctionnelle.

La notion de puissance publique a un champ d'application plus limité que la notion de service public, mais, exerçant ses effets au niveau de la répartition des compétences, elle entraîne, avec la compétence du juge administratif, la soumission à un régime de droit public plus poussé.

La combinaison variable des trois facteurs déterminant le régime juridique des personnes privées exerçant l'action administrative (la nature juridique de droit privé, la notion de service public, la notion de puissance publique) explique que ce régime juridique ne soit pas d'une parfaite homogénéité.

Si, qualitativement, le régime juridique de toutes les personnes privées exerçant l'action administrative comporte des « dérogations en plus » et des « dérogations en moins » par rapport au droit commun, quantitativement la proportion des unes et des autres varie selon la nature de la mission, et en fonction des moyens que la puissance publique leur a accordés.

Cette situation n'est que la conséquence de ce que la notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative est une notion générique et non une notion spécifique.

CONCLUSION

On a dit en commençant que le phénomène d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative est en posture d'accusé. Accusé à raison des conséquences qu'il entraîne tant sur le plan juridique que sur le plan administratif.

D'un point de vue juridique on lui reproche, à juste titre, d'avoir joué un rôle perturbateur au sein de l'ordonnancement juridique et plus particulièrement du droit administratif. Cet effet perturbateur se résume en une idée : le phénomène étudié a contribué à l'aggravation de l'effritement des barrières entre le droit public et le droit privé.

On lui doit tout d'abord d'avoir rendu pratiquement impossible la détermination de la nature juridique des institutions créées dans une forme indéterminée. Responsable de la difficulté de la distinction des personnes publiques et des personnes privées, il a aussi affecté un grand nombre de notions de droit administratif — qui ont gagné en extension ce qu'elles ont perdu en certitude — et, par voie de conséquence, la notion de droit administratif elle-même qu'il n'est plus possible de définir exclusivement par référence au critère organique.

Aussi a-t-on critiqué le juge administratif d'avoir accepté de remettre en cause les notions traditionnelles et, a-t-on préconisé en même temps, le retour à celles-ci.

A la vérité le reproche est mal dirigé, car le responsable réel de cette remise en cause n'est pas le juge, mais le législateur qui, en instituant la participation des personnes privées à l'action administrative, oblige le juge, sauf pour celui-ci à renoncer à sa mission, à étendre son contrôle à ce qui n'est plus l'administration au sens organique, mais qui est bien néanmoins l'action administrative.

De plus cette remise en cause est moins grave qu'on ne le dit et que ne peut le laisser croire cette étude, laquelle risque de donner de la réalité administrative une vision inversée, car faite nécessairement par le petit bout de la lorgnette. En effet le phénomène étudié est un phénomène marginal. L'action administrative reste pour l'essentiel le fait des personnes administratives.

Ce caractère marginal permet d'apprécier à leur juste mesure les critiques faites, à d'autres points de vue, à l'intervention des personnes privées dans l'action administrative. On lui reproche d'être un phénomène dangereux à la fois parce qu'il s'analyse en un « abandon progressif des services publics à la gestion privée » et parce qu'il traduit « une désagrégation de la puissance publique ».

Ces deux critiques ne paraissent pas fondées pour deux raisons :

— D'une part, les gouvernants ont une maîtrise complète du phénomène tant dans son admission (habilitation préalable) et dans son exercice (haute direction et même direction) que dans sa cessation (retrait de l'habilitation). La puissance publique n'est ainsi pas menacée et le service public, simplement assumé par celle-ci, présente pour les administrés des garanties de bon fonctionnement analogue à celles qui résulteraient d'une gestion directe.

— On vérifie, d'autre part, que ces menaces sont limitées en constatant que généralement l'intégration des personnes privées exerçant l'action administrative passe du stade de l'intégration simplement juridique à celui de l'intégration organique dans l'administration. Pour un grand nombre d'institutions privées, l'histoire de leur intervention dans l'action administrative n'est que l'histoire de leur intégration organique dans l'administration, souvent préparée par une intégration juridique progressive par secteurs.

Les institutions gravitant dans l'orbite administrative subissent en effet une attraction très forte, en raison directe de l'importance de leur mission. Toutes, il est vrai ne sont pas intégrées. Celles pour lesquelles la poussée des forces centrifuges qui les animent est supérieure à la force qui les attire, il y a libération de l'attraction centrale, mais celle-ci se fait au détriment de l'intervention dans l'action administrative. En d'autres termes, les personnes privées intervenant dans l'action administrative n'ont qu'une alternative : ou bien admettre l'intégration par phagocytose administrative, ou bien, par suite d'une réaction de rejet, renoncer à l'intervention.

Cette évolution vers l'intégration, si elle montre que sont limités les dangers de désagrégation de la puissance publique et du service public, révèle l'impérialisme administratif, et confirme que l'intervention des personnes morales de droit privé n'est qu'une « intervention-moyen ». Si elle manifeste l'aptitude de l'administration à s'adapter — avec un retard plus ou moins long — aux évolutions, elle montre que l'intervention des personnes privées dans l'action administrative est en quelque sorte un laboratoire administratif dans lequel l'administration expérimente par personne interposée une action nouvelle, et décide, au terme de l'expérience, de l'assurer ou d'y renoncer.

L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative aurait pu avoir une toute autre signification. Elle aurait pu consister en une « intervention-fin », ayant pour raison d'être le désir de transposer la démocratie du plan politique au plan administratif. Force est de constater que pour l'instant, tel n'est pas le cas et que l'administré, s'il est un citoyen sur le plan politique, reste un sujet sur le plan administratif.

BIBLIOGRAPHIE

PRINCIPAUX OUVRAGES, ARTICLES ET NOTES CONSULTES

I. — Ouvrages généraux, traités, manuels, précis, cours :

Auby (J.M.) et Drago (R.). — Traité de contentieux administratif, 3 vol., L.G.D.J., 1962 (cité Auby et Drago, C.A.).

Auby (J.M.) et Ducos-Ader (R.). — Institutions administratives, Dalloz, 1966.

— Droit administratif, Dalloz, 1967 (cité Auby et Ducos-Ader, D.A.).

— Grands services publics et entreprises nationales, P.U.F., 1969, tome premier.

Aucoc (L.). — Conférences sur l'administration et le droit administratif, Paris, 1886 (cité Aucoc, Conférences).

Bénoit (F.P.). — Le droit administratif français, Dalloz, 1968 (cité Bénoit, D.A.).

Berthelemy (H.). — Traité élémentaire de droit administratif, Rousseau, 1920 (cité Berthelemy, D.A.).

Bonnard (R.). — Précis élémentaire de droit administratif, Sirey, 1935 (cité D.A., 1935).

— Précis droit administratif, L.G.D.J. 1943 (cité Bonnard, D.A.).

Boulouis (J.). — Cours de droit administratif, 1967-1968, Les Cours de droit.

Braibant (G.). — Voir Long, Weil, Braibant.

Buttgenbach (A.). — Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique, L.G.D.J., 1952.

Camerlynck (G.M.) et Lyon-Caen (G.). — Droit du travail, Dalloz, 1965.

Chauveau (P.). — Traité de droit maritime, Librairies Techniques, 1958.

Debbasch (Ch.). — Institutions administratives, L.G.D.J. 1966.

— Droit administratif, Ed. Cujas, 1968 (Cité Debbasch, D.A.).

Debbasch (Ch.) et Pinet (M.). — Les grands textes administratifs, Sirey, 1970.

Debeyre (G.). — Voir Duez et Debeyre.

Doublet (J.) et Lavau (G.). — Sécurité sociale, P.U.F., 1964.

Drago (R.). — V. Auby et Drago.

— Cours de science administrative, 1966-1967, Les Cours de droit.

Ducos-Ader (R.). — Voir Auby et Ducos-Ader.

Duez (P.) et Debeyre (G.). — Précis de droit administratif, Dalloz, 1952 (cité Duez et Debeyre, D.A.).

Duguit (L.). — Traité de droit constitutionnel, 5 vol., Fontemoing, 1927-1928.

— Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, Alcan, 1911.

— Les transformations du droit public, Colin, 1913.

Dupeyroux (J.J.). — Sécurité sociale, Dalloz, 1965.

Eisenmann (Ch.). — Cours de droit administratif, 1949-1950. Les cours de droit (« Théorie générale de l'action de l'administration »).

— Cours de droit administratif, 1953-1954, Les cours de droit.

ENCYCLOPÉDIE DALLOZ. — Répertoire de droit public et administratif.
HAURIOU (A.). — L'évolution des modes de gestion des services publics, Paris, Les nouvelles Institutes, 1955.
HAURIOU (M.). — La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif, Paris, Larose, 1899.
— Précis de droit administratif, 12e édition par A. Hauriou, Sirey, 1933.
— La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par A. Hauriou, Sirey 1929, 3 tomes (cité Notes d'arrêts).
JÈZE (G.). — Les principaux généraux du droit administratif, Giard et Brière, 1914 (Cité Jèze, Principes).
— Cours de droit public 1921-1922. La technique juridique. La collaboration des particuliers au fonctionnement des services publics, Paris, Giard, 1922.
JURISCLASSEUR ADMINISTRATIF.
LAUBADÈRE (A. de). — Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J., tome I, 1963 (cité A. de Laubadère, D.A., tome I), tome II, 1963 (cité A. de Laubadère, D.A., tome II), tome III, 1966 (cité A. de Laubadère, D.A., tome III).
— Traité théorique et pratique des contrats administratifs, L.G.D.J., 3 vol. 1956 (cité A. de Laubadère, Contrats).
— Cours de Science administrative, 1963-1964, Les cours de droit.
— Cours de grands services publics et entreprises nationales, 1963-1964, Paris, Les cours de droit.
LAVAU (G.). — Voir Doublet et Lavau.
LONG (M.), WEIL (J.), BRAIBANT (G.). — Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey, 1965 (cité G.A.).
LYON-CAEN (G.). — V. Camerlynck et Lyon-Caen.
MATHIOT (A.). — Les grands services publics et les entreprises nationales, Les cours de droit, 1960-1961 (cité Mathiot, cours).
MICHOUD (L.). — La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e édition par L. Trotabas, 2 vol.
ODENT (R.). — Contentieux administratif, 1965-1966, Les cours de droit (cité Odent C.A.).
PINET (M.). — Voir Debbasch et Pinet.
RENARD (G.). — Notions très sommaires de droit public, Sirey, 1920.
RIVÉRO (J.). — Droit administratif, Dalloz, 1965 (cité Rivéro, D.A.).
RIVÉRO (J.) et SAVATIER (J.). — Droit du travail, P.U.F., 1966.
ROLLAND (L.). — Précis de droit administratif, Dalloz, 1947 (cité Rolland, D.A.).
— Notions générales sur les services publics, Les cours de droit, 1939-1940.
— Les services publics et les entreprises d'intérêt public, Les cours de droit, 1945-1946.
SALEILLES (R.). — De la personnalité juridique. Histoire et théories, Rousseau, 1910.
SAVATIER (J.). — Voir Rivéro et Savatier.
TROTABAS (L.). — Manuel de droit public et administratif, L.G.D.J., 1966.
VEDEL (G.). — Droit administratif, P.U.F., 1964 (cité Vedel, D.A.).
WALINE (M.). — Droit administratif, Sirey, 1963 (cité Waline, D.A. 1963).
— Précis de droit administratif, Éd. Montchrestien, 1964, tome premier (cité Waline, D.A., 1969), et tome II, 1970.
WATRIN (G.). — L'administration de la IIIe République, Beyrouth, 1944.
WEIL (P.). — Le droit administratif, P.U.F., 1966 (cité Weil, D.A.).
— Voir Long, Weil, Braibant.

II. — Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

Alexandre (J.). — Les grand établissements financiers et le Trésor public de 1919 à 1941, thèse Montpellier, 1942.

Alias (J.). — Les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, thèse Toulouse, 1965.

Aman (F.). — De la condition juridique des chemins de fer d'intérêt général envisagée au point de vue de la domanialité, thèse Grenoble, 1901.

Amselek (P.). — Le budget de l'Etat sous la Ve République, Préface P. Lavigne, L.G.D.J., 1967.

Arcy (F. d'). — Structures administratives et urbanisation. La S.C.E.T., Préface de G. Lavau, Berger-Levrault, 1968.

Asseman. — Les participations financières des entreprises publiques, thèse Lille, 1962.

Avril (P.). — Les origines de la distinction entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique, thèse Grenoble, 1900.

Badie (E.). — Les problèmes généraux de l'orientation professionnelle et leur solution en France, thèse Montpellier, 1955.

Bastid et autres. — La personnalité morale et ses limites, L.G.D.J. 1960.

Bazex (M.). — Corporatisme et droit administratif. Le statut des organismes professionnels, thèse Toulouse, 1967.

Becet (J.M.) — La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'Armée aux particuliers, Préface de J. Moreau, L.G.D.J., 1969.

Bellorgey (G.). — Le droit de la grève et les services publics, Berger-Levrault, 1964.

Beaumont (R. de). — L'aménagement des monopoles d'Etat français privés par l'article 37 du Traité de Rome, thèse Paris, 1969.

Bertrand (L.). — Du concours des particuliers et des organismes privés au maintien de l'ordre public, thèse Paris, 1928.

Bègue (D.). — L'organisation juridique de la Compagnie des Indes, thèse Paris, 1936.

Besnard (H.). — L'industrie du gaz à Paris depuis ses origines, thèse Paris, 1942.

Biard (H.). — Le nouveau statut de la Banque de France, thèse Paris, 1937.

Bloch (G. Ph.). — La notion de travail public, Préface de Ch. Eisenmann, Librairies Techniques, 1965.

Blondeau (A.). — La concession de service public. Etude d'histoire du droit administratif, thèse Grenoble, 1929. Dalloz, 1933, Préface A. Mestre.

Bockel (A.). — La participation des syndicats ouvriers aux fonctions économiques et sociales de l'Etat, L.G.D.J., 1965.

Bœuf (R.). — Le Crédit National, thèse Paris, 1923.

Boissier (P.). — Les accidents de préparation militaire. Etude de quelques problèmes de responsabilité posés par la préparation militaire, thèse Rennes, 1959.

Bonneau (J.) et Malezieux (R.). — La mutualité sociale agricole, Berger-Levrault, 1962.

Bonte (F.). — Des régies intéressées de la Ville de Paris et du département de la Seine, thèse Lille, 1930.

Bordier (E.) et Deglaire (S.). — Electricité, service public, Berger-Levrault, 1963, 2 tomes.

Bouvier (E.). — L'exploitation collective des services publics. Les régies municipales, Douin, 1910.

Boyer (L.). — Les conventions conclues entre l'Etat et les compagnies françaises de navigation pour l'exploitation des services maritimes d'intérêt général, thèse Paris, 1918.

BREDIN (J.D.). — Du rôle de l'Etat dans la création et le fonctionnement d'une société anonyme au XVII[e] siècle, mémoire, Faculté de droit de Paris, 1950.
BRICHET (R.). — L'évolution de la loi du 1[er] juillet 1901 sur le contrat d'association, thèse Alger, 1943.
— Les associations de la loi de 1901, Paris, 1957.
BUSSIERE (M.). — Réquisitions militaires françaises de navires pendant la seconde guerre mondiale. De la réquisition au contrat conclu sous réquisition, thèse Aix, 1956.
CAHEN-SALVADOR (J.). — La représentation des intérêts et les services publics, thèse Paris, 1935.
CASTIER (G.A.). — Les sociétés de publicains, thèse Douai, 1884.
CHAMPETIER DE RIBES (J.). — Régimes comparés de la concession, de la régie intéressée et de la régie directe pour l'exploitation des transports en commun de la région parisienne, thèse Paris, 1923.
CHAPELLU (F.). — Les expériences françaises d'organisation professionnelle, thèse Lyon, 1940.
CHAPUS (R.). — Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, thèse Paris, 1953.
CHARDOT (M.). — La collaboration financière des administrations publiques et les entreprises privées, thèse Nancy, 1928.
CHARLES (H.). — « Actes rattachables » et « actes détachables » en droit administratif français (Contribution à une théorie de l'opération administrative), Préface de P. Weil, L.G.D.J., 1968.
CHENOT (B.). — Droit public économique, Cours, I.E.P., 1949-1950 et 1957-1958.
— Services publics et institutions corporatives, Cours, I.E.P., 1945.
— Organisation économique de l'Etat, Sirey, 1965.
CHÉRON (A.). — De l'actionnariat des collectivités publiques, Sirey, 1927.
COMTE (Ph.). — Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public. Un aspect de l'évolution du droit public contemporain, thèse Paris, 1934.
CONNOIS (R.). — La notion d'établissement public en droit administratif français, Préface de Martial-Simon, L.G.D.J., 1959.
CONSTANS (L.). — Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français, Préface de J.M. Auby, Dalloz, 1966.
CORAIL (J.L. de). — La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français, Préface de P. Couzinet, L.G.D.J., 1954.
COULOGNON (B.). — La collaboration volontaire des administrés et de l'Administration. Essai d'une théorie d'ensemble, thèse Montpellier, 1965.
COUPRY (H.). — Contribution à l'histoire des caisses d'épargne ordinaires, thèse Bordeaux, 1935.
CULMANN (H.). — Les services publics économiques, P.U.F., 1943.
DEBBASCH (Ch.). — Procédure administrative contentieuse et procédure civile, Préface de J. Boulouis, L.G.D.J., 1962.
DEHAUSSY (J.). — L'assistance publique à l'enfance. Les enfants abandonnés, Préface de L. Rolland, Sirey, 1951.
DELION (A.G.). — Le statut des entreprises publiques, Berger-Levrault, 1963.
DEMICHEL (A.). — Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés, Préface de J.M. Auby, L.G.D.J., 1960, 2 tomes.
DETTON (H.). — L'Administration et les entreprises industrielles d'intérêt général, Cours de l'Ecole libre de Sciences Politiques, 1942-1943.
DOUENCE (J.C.). — Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration, Préface de J.M. Auby, L.G.D.J., 1968.

DRAGO (R.). — La crise de la notion d'établissement public, Préface de M. Waline, Pedone, 1950.
DROUHET (P.). — L'évolution des allocations familiales, thèse Paris, 1943.
DUCOS-ADER (R.). — Le droit de réquisition, Préface de J.M. Auby, L.G.D.J., 1956.
DUEZ (P.). — La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat), Dalloz, 1938.
DUPRAT (R.). — Le régime juridique et la nature juridique des entreprises routières de transport en commun, thèse Bordeaux, 1956.
DURAND (P.). — La politique contemporaine de sécurité sociale, Dalloz, 1953.
DUTRAIVE (G.). — L'Institut national des appellations d'origine des vins et eaux de vie, thèse Lyon, 1954.
DUVERGER (M.). — L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics. Etude théorique et pratique, thèse Bordeaux, 1940.
FABRE (F.J.). — Les grands arrêts de la jurisprudence financière, Sirey, 1966.
FABRE, MORIN, SERIEYX. — Les sociétés locales d'économie mixte et leur contrôle, Berger-Levrault, 1964.
FAGET DE CASTELJAU (A. de). — Histoire du droit d'association de 1789 à 1901, thèse Paris, 1905.
FÉLIX (M.). — L'activité économique de la commune, Sirey, 1932, 2 tomes.
GABOLDE (L.F.). — Les sociétés de course, thèse Paris, 1937.
GAMBLIN (R.). — La police de l'Etat en matière de transports pétroliers, thèse Paris, 1953.
GARRIGOU-LAGRANGE (J.M.). — Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics, L.G.D.G., 1970.
GAUTHIER (R.). — Les associations de famille de l'ordonnance du 3 mars 1945, thèse Paris, 1947.
GÉNY (B.). — Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels, thèse Nancy, 1930.
GODCHOT (J.-E.). — Les sociétés d'économie mixte et l'aménagement du territoire, Berger-Levrault, 1966.
GOUR (Cl. G.). — Le contentieux des services judiciaires et le juge administratif, L.G.D.J., 1960.
GRAILLE (E.). — Services publics d'assistance, Paris, 1947.
GOMBEAUD (M.). — La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics, thèse Rennes, 1967.
GUYÉNOT (J.). — La responsabilité des personnes morales publiques et privées, Préface de J. Carbonnier, L.G.D.J., 1959.
JOCARD (L.M.). — Le tourisme et l'action de l'Etat, Berger-Levrault, 1965.
JOLLY (P.). — Les entreprises d'intérêt public et l'usage de la permission, thèse Nancy, 1923.
— Le nouveau régime légal de distribution d'énergie électrique, Sirey, 1925, Préface de G. Renard.
— Des conditions dans lesquelles l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics peuvent jouer le rôle d'actionnaires, de fondateurs, d'administrateurs dans les sociétés anonymes, Sirey, 1928.
JOSSE (P.L.). — Les travaux publics et l'expropriation, Sirey, 1958.
KERVENOAEL (J. de). — Le Secours National, thèse Paris, 1941.
KLEIN (Cl.). — La police du domaine public, Préface de P. Lavigne, L.G.D.J. 1966.
LABORIE (E.). — L'expropriation au profit des entreprises privées d'utilité publique, thèse Paris, 1940.
LAFFITTE (J.). — La S.N.C.F., thèse Paris, 1940.

LAGACHE (M.). — Les investissements privés et le concours financier de l'Etat, Berger-Levrault, 1959.
LAHILLONNE (G.). — La gestion privée des services publics, thèse Toulouse, 1931.
LAMARQUE (J.). — Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, L.G.D.J., 1960.
LAMBERT (L.). — Le Crédit National pour faciliter la réparation des dommages causés par la guerre, thèse Paris, 1925.
LAMPUÉ (P.). — Les rapports entre l'Etat français et les compagnies de transports publics aériens, thèse Paris, 1927.
LANVERSIN (J. de). — L'aménagement du territoire, Librairies Techniques, 1965.
LAROQUE (P.). — Les usagers des services publics industriels (transport, eau, gaz, électricité), thèse Paris, 1933.
LAUFENBURGER (H.). — L'intervention de l'Etat en matière économique, Paris, 1939.
LAVAU (G.E.). — Le service public de l'information, thèse Paris, 1948.
LE CLERE (J.). — Les chartes-parties et l'affrètement maritime, Librairies techniques, 1962.
LECOMTE (F.P.). — Le rachat des concessions, thèse Paris, 1942.
LOP. — Essai sur la notion de service public en droit administratif français, thèse Grenoble, 1950.
MARTIN DE LA MOUTTE (J.). — L'acte unilatéral en droit privé, thèse Toulouse, 1949.
MARTRES (J.L.). — Les caractères généraux de la police économique, Bordeaux, 1964.
MATHIOT (A.). — Les accidents causés par les travaux publics, thèse Paris, 1934.
MATIGNON (R.). — La Compagnie générale transatlantique depuis la guerre, thèse Bordeaux, 1937.
MAUDUIT (L.). — De la responsabilité des compagnies de chemins de fer en ce qui concerne les militaires transportés, thèse Poitiers, 1924.
MEIGNANT (P.). — Les associations régionales de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence, thèse Nancy, 1960.
MIGEON (P.). — Le contenu de la notion de travail public, thèse Alger, 1957.
MODERNE (F.). — Recherches sur les prérogatives de la puissance publique, thèse Bordeaux, 1961.
MONSARRAT (G.). — Concession des communes et des syndicats de communes, Editions administratives, 2e éd., 1948.
MONSÉGUR (M.). — Les entreprises d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte, thèse Bordeaux, 1942.
MONTANE DE LA ROQUE (P.). — L'inertie des pouvoirs publics, thèse Toulouse, 1948.
MORICE (L.). — L'Office national de la navigation, thèse Paris, 1945.
MOTHES (R.). — L'association et sa place dans l'Etat, thèse Paris, 1930.
NOGUIER (J.). — La transformation des moyens de la puissance publique, thèse Lille, 1937.
NOURRISSON (P.). — Histoire de la liberté d'association en France depuis 1789, Sirey, 1920, 2 tomes.
OZANAM (Ch.). — Associations, Syndicats, Fondations, Sirey, 1964.
OLIVIER-MARTIN (F.). — L'organisation corporative de la France d'ancien régime, Paris, 1938.
— La police économique sous l'Ancien régime, Les cours de droit, 1944-1945.
PAPANICOLAIDIS (D.). — Introduction générale à la police administrative, Préface de Ch. Eisenmann, L.G.D.J., 1960.
PELLOUX (R.). — La notion de domanialité publique depuis la fin de l'ancien droit, thèse Grenoble, 1932.

PÉQUINOT (G.). — Contribution à la théorie générale du contrat administratif, thèse Montpellier, 1945.
PERRONET (R.). — La société d'économie mixte d'aménagement régional. L'exemple de la Compagnie nationale d'Aménagement de la région du Bas-Rhône et du Languedoc, Préface de Ph. Lamour, Montpellier, 1962.
POLIER (L.). — De l'expropriation pour cause d'utilité sociale au bénéfice des entreprises privées, thèse Toulouse, 1905.
PORTE (F.). — Le Crédit National, thèse Paris, 1965.
QUEMAR (G.). — Les tentatives de collaboration entre l'Etat et les coopératives de consommation pour la lutte contre la hausse des prix et la protection des consommateurs en France depuis la guerre, mémoire I.E.P., Paris, 1961.
QUERMONNE (J.L.). — L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français, thèse Caen, 1952.
RAIN. — L'Ecole libre des Sciences Politiques, 1871-1945, Paris, 1963.
REUTER (P.). — Les participations financières. La Société anonyme au service des collectivités publiques, Sirey, 1936.
RIVERO (J.). — Les mesures d'ordre intérieur administratives, thèse Paris, 1934.
ROUSSET (M.). — L'idée de puissance publique en droit administratif, thèse Grenoble, 1960.
ROYERE (O. de). — La Compagnie nationale du Rhône, thèse Paris, 1956.
RUZIE (D.). — Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français, Préface de Ch. Eisenmann, L.G.D.J. 1960.
RAINAUD (J.M.). — La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel, L.G.D.J., 1966.
RENARD (A.J.). — Du contrôle des services publics et de l'application des lois pénales par les associations privées, thèse Montpellier, 1914.
RONGÈRE (P.). — Le procédé de l'acte-type. Préface de J. Rivero, L.G.D.J., 1966.
ROUX (P.). — Les fermes d'impôt sous l'Ancien Régime, thèse Paris, 1916.
SABOURIN (M.). — Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français, L.G.D.J., 1966.
SARDIN (E.). — La nature juridique des associations syndicales de propriétaires, thèse Bordeaux, 1939.
SAVATIER (J.). — Etude juridique de la profession libérale, thèse Poitiers, 1947.
SIAUD (S.). — La Comédie-Française. Son statut juridique, thèse Lyon, 1935.
SINGER (J.). — L'intervention des collectivités locales en matière économique, Aframpe, 1956.
SPILIOTOPOULOS (E.P.). — La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français, Préface de Ch. Eisenmann, L.G.D.J., 1959.
TAGAND (R.). — Le régime juridique de la société d'économie mixte, Préface de J.M. Auby, L.G.D.J., 1969.
TESTE (P.). — Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique, Préface Mestre, Paris, 1940.
TÉTREAU (J.). — Les entreprises économiques des communes. Etudes sur les régies municipales, thèse Paris, 1935.
TEITGEN (P.H.). — La police municipale, thèse Nancy, 1934.
TIMSIT (G.). — Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français, Préface de Ch. Eisenmann, L.G.D.J., 1963.
TRICOT (B.). — Essai sur les entreprises d'intérêt général, thèse Lyon, 1943.

VENEZIA (J.Cl.). — Le pouvoir discrétionnaire, Préface de J. Rivero, L.G.D.J., 1959.
VERMET (P.). — L'intervention de l'Etat dans le sport, thèse Caen, 1962.
VILLIERS (M. de). — Les marchés d'intérêt national, Paris, 1967.

III. — ARTICLES

AMSELEK (P.). — Le service public et la puissance publique, A.J.D.A., 1968.492.
ANTOINE (Ph.). — La nature juridique des sociétés indigènes de prévoyance au Cameroun, R.P.J.U.F. 1954, p. 360.
ASTIMA (J.). — Contrats comportant occupation du domaine public et problèmes de compétence, J.C.P. 1957.1.1390.
AUBY (J.M.). — « Administrés », Répertoire de droit public et administratif, Dalloz, 1958, p. 31.
— Remarques sur quelques difficultés du droit administratif français, Annales de la Faculté de Droit de Bordeaux, 1951, p. 3.
— Les contrats portant occupation du domaine public, D. 1953, chr. p. 99.
— « Le milieu juridique », in Traité de science administrative, Mouton et Cie, 1966, p. 209.
BAILET (R.). — L'association nationale pour la formation professionnelle des adultes, Revue du travail, 1966, p. 21.
BELIN (J.P.). — Les consortiums. Revue politique et littéraire. Revue bleue, juillet 1918, p. 441.
BENOIT (F.P.). — Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique, J.C.P. 1953.I.1178.
— Dommages résultant de diverses fautes de l'administration, Juriscl. adm., fasc. 720.
— Dommages résultant des travaux et ouvrages publics, Juriscl. adm., fasc. 725.
BEZIN (G. de). — Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe, Recueil de législation de Toulouse, 1905, tome premier, p. 298.
BIAGE (P.). — Le Centre scientifique et technique du bâtiment, R.A. 1948.567.
BONNARD (R.). — Syndicalisme, Corporatisme et Etat corporatif, R.D.P. 1937, p. 58 s. et 177 s.
BOULOUIS (J.). — « Subventions », Répertoire de droit public et administratif, p. 891.
— La portée du pouvoir de tutelle du ministre du travail, Dr. soc. 1963, p. 254.
BOUTARD (N.). — L'aviation postale, R.D.P. 1965.1097.
CADART (J.). — Les tribunaux judiciaires et la notion de service public : la notion judiciaire de service public. Annales de l'Université de Lyon, 1954, p. 24.
CARCELLE et MAS. — Les démembrements de l'Administration, R.A. 1963.485.
CATHELINEAU (J.). — Diversité et particularisme des concessions de travaux publics, C.J.E.G. 1968, p. 27.
CHAPUS (A.). — Le service public et la puissance publique, R.D.P. 1968, p. 243.
CHARLIER (R.E.). — Les contrats comportant occupation du domaine public d'après le décret-loi du 17 juin 1938 et son application jurisprudentielle, J.C.P. 1943.2.372.
— La notion juridique de service public industriel ou commercial, J.C.P. 1945.I.1210.
— Le régime complexe des services publics industriels ou commerciaux, J.C.P. 1955.I.1220.

CHEMILLIER-GENDREAU (M.). — Le détachement dans la fonction publique, R.D.P. 1967.647.
CHENOT (B.). — La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, E.D.C.E., 1950, p. 77.
CHRÉTIEN (M.). — Le nouveau régime des associations sans but pécuniaire ou professionnel, R.D.P. 1942.125.
COLIN (J.P.). — La nature juridique de marchés de travaux passés par les sociétés d'économie mixte concessionnaires de travaux publics, A.J.D.A. 1966, p. 474.
DEBBASCH (Ch.). — Finances publiques et droit administratif, Mél. Trotabas, p. 125.
DEMICHEL (A.). — Vers le self-service public, D.S. 1970, Chr. XVI, p. 77.
DESPLATS (J.). — La notion d'organisations syndicales les plus représentatives, Dr. Soc. 1945.270.
DUFAU (J.). — Les concessions de service public, Juriscl. adm., fasc. 530.
DUGUIT (L.). — De la situation des particuliers à l'égard des services publics, R.D.P. 1907.411.
— Les services publics et les particuliers, Congrès de Sciences administratives. Bruxelles 1910.
DURAND (P.). — Les fonctions publiques de l'entreprise privée, Dr. Soc. 1945.246.
EISENMANN (Ch.). — Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques. Le droit public et le droit privé diffèrent-ils foncièrement ou non ? J.C.P. 1949.1751.
— « L'arrêt Monpeurt, légende et réalité », in L'évolution du droit public (Mélanges Mestre), Sirey, 1956.
— Les fonctions de l'Etat. Les fonctions sociales et les fonctions juridiques, Encyclopédie française, 1964, tome 10, p. 291.
ENTREVAN (Cl.). — L'action culturelle et les maisons de la culture, R.D.P. 1969, p. 880.
FABRE et MORIN. — A propos d'une décision du Tribunal des Conflits. Quelques aspects du contrôle des sociétés d'économie mixte, R.D.P. 1964.767.
GARAGNON (J.). — La Comédie Française, D. 1960, Chr. XIX, p. 105.
GERVAIS (A.). — Les offres de concours, Juriscl. adm., fasc. 535.
GEORGEL (J.). — L'agrément administratif, A.J.D.A. 1962, p. 467.
JACQUIGNON (L.). — L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics, A.J.D.A. 1958, p. 71.
JAUBERT (P.). — Mandat, Obligations du mandataire, Juriscl. civil., Art. 1991 à 1997.
JÈZE (G.). — Le service public, Revista de drept public, 1926, p. 162.
— Le régime juridique des entreprises de fabrication et de vente des matériels d'armement, R.D.P. 1937.456.
JOUVE (E.). — Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français, R.D.P. 1968, p. 296 s.
LACHAUME (J.F.). — Le détachement d'un fonctionnaire auprès d'un organisme privé, Dr. Soc. 1966.324.
LAGARDE (G.). — De la société anonyme à l'entreprise publique, Mél. Ripert, p. 296.
LA PRADELLE (P. de). — La notion de service public, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1934, p. 516.
LATOURNERIE (R.). — Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? ou Jouvence ? E.D.C.E. 1960, p. 119.
LAVROFF (D.G.). — Le collaborateur bénévole de l'Administration, A.J.D.A. 1959.I, p. 122.
LAUBADÈRE (A. de). — « Concession administrative ». Répertoire du droit public et administratif.

— Le rôle et la représentation des intérêts professionnels dans la vie administrative française, Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, tome VII, 1959, p. 179.
— La notion et le régime juridique de services publics sociaux en droit administratif français, Dr. soc. 1959.494.
— Règlement amiable du contentieux opposant le Gouvernement français à la Haute Autorité de la C.E.C.A. au sujet du régime juridique de l'importation charbonnière en France, A.J.D.A. 1961.476.
— Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français, A.J.D.A. 1961.591.
— Administration et contrat, Mél. Bréthe de la Gressaye, E. Bière, Bordeaux, 1967, p. 454.

Leclercq (Cl.). — La mission de service public, D.S. 1966, Chr. III, p. 12.

Legendre (P.). — Les migrations rurales, Dr. Soc. 1963, p. 393.

Lehideux (R.). — L'association professionnelle des banques, Dr. Soc. 1942.24.

Lemasurier (J.). — A propos du service des postes et télécommunications. Réflexions sur la distinction des services publics administratifs et des services publics industriels ou commerciaux, A.J.D.A. 1969, p. 139.

L'Huillier (J.). — A propos de la « crise » de la notion de service public, D. 1955, Chr. XXII, p. 119.
— Nouvelles réflexions sur le service public, D. 1957, Chr. p. 91.

Liet-Veaux (G.). — La théorie du service public. Crise ou Mythe, R.A. 1961.256.
— Ordres professionnels, Règles communes, Juriscl. adm., fasc. 145.

Magnet (J.). — L'évolution des gestions de fait, A.J.D.A. 1964, p. 469.

Maleville (G.). — Détermination de la compétence des juridictions administratives et des tribunaux judiciaires, Juriscl. adm., fasc 606.

Maspètiol (R.). — Le pouvoir règlementaire des oragnismes professionnels en droit français, Etudes de droit contemporain, t. IV.
— La notion de service d'intérêt public et la théorie juridique des institutions corporatives, Dr. Soc. 1944, p. 165.

Martin (M.). — Le service public dans l'activité privée, Dr. Soc. 1942.246.

Mathiot (A.). — Le détachement des fonctionnaires, R.D.P. 1938.457.

Mazères (J.A.). — Les rapports entre l'Etat et l'enseignement privé, Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, 1962.

Mesnard (A.H.). — Le statut juridique des maisons de la culture et des maisons des jeunes et de la culture, A.J.D.A. 1969, p. 420.

Mestre (A.). — Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif, Recueil de législation de Toulouse, 1913, 2e série, IX, p. 12.
— Services publics et entreprises privées de transports publics, Annales des transports, 1944.

Morange (G.). — Le déclin de la notion juridique du service public, D. 1947, Chr. XII, p. 45.

Michoud (L.). — De la gestion d'affaires appliquées aux services publics, R.G.A. 1894, tome 2, p. 5.

Moderne (F.). — La distinction du tiers et de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1964, p. 153.
— Le régime juridique des vaccinations, A.J.D.A. 1965.195.
— La détermination du patrimoine responsable dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1966, p. 56.
— La répartition des charges indemnitaires entre maîtres d'œuvre et entrepreneurs dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1968, p. 98.

— Responsabilité administrative et utilisation des ouvrages publics affectés à un service public industriel et commercial, C.J.E.G. 1969, p. 199.
La responsabilité des architectes à l'égard des victimes de travaux publics, A.J.D.A. 1969, p. 212.

MOREAU (J.). — Les polices administratives. Théorie générale, Juriscl. adm., fasc. 200.

— Police administrative et police judiciaire. Recherche d'un critère de distinction, A.J.D.A. 1963.68.

— De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat, A.J.D.A. 1965, p. 3.

— Responsabilité personnelle et responsabilité de l'administration, Juriscl. adm., fasc. 705.

NIZARD (J.). — A propos de la notion de service public : un juge qui veut gouverner, D. 1964, Chr. XXI, p. 147.

NOLLET (P.). — Le statut des organismes para-administratifs après la loi du 24 juillet 1953 et le décret du 30 septembre 1953, Dr. soc. 1954.69.

PICARD (A.). — Réflexions sur certains démembrements de l'Administration, Bulletin de l'économie et des finances, n° 41.

PÈQUIGNOT (G.). — « Mandat », Répertoire de droit public et administratif, Dalloz 1958, t. 2, p. 316.

PERSONNAZ (J.). — Les groupements d'importation et de répartition, Dr. Soc. 1943, p. 23.

PETOT (J.). — Quelques remarques sur les notions fondamentales de droit administratif français, R.D.P. 1965.369.

PINTO (R.). — La répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire en matière de contentieux administratif, A.J.D.A. 1954.I., p. 5.

QUERRIEN (M.). — Mutations administratives, Signe du temps, février 1963, p. 7.

QUESTIAUX (N.). — Récents développements de la notion de travail public en tant que critère de compétence du juge administratif, E.D.C.E. 1962, p. 75.

RENARD (G.). — Les assurances sociales et notre régime administratif, Politique, 1928.318.

— La collaboration des administrés, Revue du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, 1930, p. 280.

RIVÈRO (J.). — La fonction administrative, Encyclopédie française, tome 10, p. 329.

— Existe-t-il un critère du droit administratif, R.D.P. 1953, p. 279.

— Action économique de l'Etat et évolution administrative, Revue économique, 1962.886.

— A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration, Mél. Savatier, Dalloz, 1965, p. 281.

— Rapport sur le droit français des sociétés et l'entreprise publique, Travaux de l'Association Henri Capitant, Dalloz, 1967, p. 195.

ROBIN (M.). — Essai sur la représentation des intérêts dans l'organisation des entreprises publiques, R.D.P. 1957, p. 830.

ROLLAND (L.). — La grève dans les services publics concédés, R.D.P. 1910.520.

— La collaboration des agents des syndicats à la répression des fraudes, R.D.P. 1912.500.

ROUY (H.). — Deux importants rouages de l'organisation des marchés agricoles : S.I.B.E.V. et Interlait, Dr. Soc. 1960.267.

SABOURIN (M.). — La nature juridique des S.A.F.E.R., D.S. 1970, Chr. III, p. 9.

SAINT-GEOURS (J.). — Société d'économie mixte et missions économiques, Les grands aménagements régionaux, 1964, N° 5.

SAVY (R.). — Sécurité sociale et droit public, Dr. soc. 1966, p. 377.
SILVERA (V.). — Les démembrements de l'Administration, R.A. 1963.593.
TAUPIER (M.). — Recherches sur la nature juridique des fédérations sportives et de leurs actes, A.J.D.A. 1970.75.
THÈRY (R.). — Le « Corps familial » de l'ordonnance du 3 mars 1945, Dr. soc. 1951, p. 362.
— L'octroi d'un monopole à une association, Dr. Soc. 1969, p. 421.
TOUSCOZ (J.). — Les relations régionales de l'Université et de l'Industrie, l'exemple de Grenoble, R.A. 1964, p. 221.
TRÈVOUX (F.). — La notion économique de service public, Revue d'économie politique, 1938, p. 353.
— Du service public de droit public au service public économique, Mélanges Lambert, Paris, 1938, tome 2, p. 405.
TRICOT (B.). — L'agrément administratif des institutions privées, D. 1948, Chr. VII, p. 25.
TUNC (A.). — Le particulier au service de l'ordre public, D. 1946.L.33.
VASSEUR (M.). — Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, Rec. trim. droit civil, 1964, p. 5.
VEDEL (G.). — Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E. 1954, p. 43.
VIGNES (C.H.). — Le pouvoir de substitution, R.D.P. 1960, p. 761.
WALINE (M.). — Trois points de vue sur l'arrêt Monpeurt, Coll. Droit social, t. XVIII, sept. 1943.
— La loi du 17 novembre 1943 sur la gestion des intérêts professionnels et le droit public français, Revue de l'Economie contemporaine, N° 23, mai 1944.
— Vicissitudes récentes de la notion de service public, R.A. 1948.23.
— La notion de régie intéressée, R.D.P. 1948.337.
— L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants. R.D.P. 1951, p. 5.
WATRIN (G.). — Quelques rapports entre les notions de police, de domaine public, et de service public, R.D.P. 1936.147.

IV. — Notes et conclusions

ALFANDARI. — Note, sous Trib. enf. Poitiers, 22 mars 1966, Rev. trim. droit san. et soc. 1966, p. 262.
AUBY. — Note, sous T.C., 20 nov. 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis » de Rennes, J.C.P. 1962. II.12 572.
— Note, sous T.C., 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot, J.C.P. 1963.II.13 375.
— Note, sous C.A. Paris, 2 déc. 1964, Société du tunnel sous le Mont-Blanc, J.C.P. 1965.II.14 357.
— Note, sous T.C., 15 janv. 1968, Barbier, D. 1969, p. 204.
BAUDOUIN. — Concl., sur C.E., 20 oct. 1966, Société Graciet, A.J.D.A. 1967. 2.274.
— Concl., sur C.E., 27 nov. 1967, Delle Labat, R.D.P. 1968.656.
BERNARD (A.). — Concl., sur C.E., 19 nov. 1958, Zagouatti, A.J.D.A. 1958. 1.123.
BERNARD (M.). — Concl., sur C.E., 16 mars 1962, Toubhans, Rec. 183.
BERGER. — Concl., sur C.E., 17 juillet 1925. Association amicale du personnel de la Banque de France, D. 1926.3.9.
BERTRAND. — Concl., sur C.E., 23 oct. 1964, Fédération des syndicats chrétiens de cheminots, R.D.P. 1964.1210.
— Concl., sur C.E., 5 févr. 1965, Sté Lyonnaise des transports, R.D.P. 1965.493.
— Concl., sur C.E., 26 févr. 1965, Sté du Vélodrome du Parc des Princes, R.D.P. 1965.510.
— Concl., sur C.E., 13 juill. 1968, Capus, D. 1968.674.

BLAEVOET. — Note, sous C.A. Paris, 2 déc. 1964, Société du tunnel sous le Mont-Blanc, D. 1965, p. 712.
BRAIBANT. — Concl., sur C.E., 23 janv. 1959, Commune d'Huez, A.J.D.A. 1959. 2.65.
— Concl., sur C.E., 2 juin 1961, Leduc, A.J.D.A. 1961.345.
— Concl., sur C.E., 4 avril 1962, Chevassier, D. 1962.327.
— Concl., sur C.E., 10 mai 1963, Société coopérative de production « La Prospérité fermière », R.D.P. 1963.584.
— Concl., sur C.E., 13 déc. 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord, S.1964.58.
— Concl., sur C.E., 9 déc. 1966, Fédération nationale des organismes de sécurité sociale, A.J.D.A. 1967.163.
— Concl., sur C.E., 19 avril 1968, Conseil départemental de la Corse de l'Ordre des médecins, Rec. 247.
C.P. — Note, sur C.E., 13 janv. 1961, Magnier, A.J.D.A. 1961.142.
CHAPUS. — Note, sous C.E., 19 févr. 1954, Palaprat, J.C.P. 1954.II.8205.
CHARBONNIER. — Concl., sur Rouen, 13 déc. 1955, Sté Jules Roy, J.C.P. 1956.II.9027.
CHARDEAU. — Concl., sur T.C., 20 nov. 1961, Association syndicale de reconstruction de Saint-Nazaire, Rec. 874.
CHARDENET. — Concl., sur C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec. 125.
CHAVANNE. — Note, sous C.A. Paris, 17 nov. 1953, J.C.P. 1953.II.8119.
CHENOT. — Concl., sur C.E., 5 mai 1944, Cie maritime de l'Afrique orientale, R.D.P. 1944.236.
— Concl., sur C.E., 6 févr. 1948, Radio-Atlantique, R.D.P. 1948.244.
COMBARNOUS. — Concl. sur C.E., 17 avril 1964, Commune d'Arcueil, D. 1965.45.
COMBARNOUS et GALABERT. — Chr. de jurisprudence, C.E., 12 juin 1959, Berche, A.J.D.A. 1959.1.155.
— Chr. de jurisprudence, C.E., 12 févr. 1960, D'Eudeville, A.J.D.A. 1960.II.266.
DENOIX DE SAINT-MARC et LABETOULLE. — Chr. de jurisprudence, C.E., 19 déc. 1969, Etablissements Delannoy, A.J.D.A. 1970, p. 125.
FOURNIER et COMBARNOUS. — Chr. de jurisprudence, C.E., 23 mai 1958, Amoudruz, A.J.D.A. 1958.II.309.
FOURNIER. — Concl., sur C.E., 13 janv. 1961, Magnier, R.D.P. 1961, p. 163.
FOURRÈ et PUYBASSET. — Chr. de jurisprudence, C.E., 13 déc. 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord, A.J.D.A. 1964.1.25.
— Chr. de jurisprudence, T.C., 27 mars 1964, Sté E.R.V.E., A.J.D.A. 1964.II.170.
GALABERT. — Concl., sur C.E., 12 juill. 1967, Allegretto, A.J.D.A. 1967.534.
GALABERT et GENTOT. — Chr. de jurisprudence, T.C., 21 juin 1961, Rolland, A.J.D.A. 1961.606.
— Chr. de jurisprudence, C.E., 6 oct. 1961, Fédération nationale des huileries métropolitaines, A.J.D.A. 1961.610.
GARDIES. — Note, C.E., 8 janv. 1960, Lafon, A.J.D.A. 1960.2.183.
GARRIGOU-LAGRANGE (J.M.). — Note, sous C.E., 19 déc. 1969, Etablissements Delannoy, D. 1970.447.
GAZIER. — Concl., sur C.E., 8 déc. 1950, Arnould, Rec. 609.
GERVAIS. — Note, sous Cass. civ., 27 janv. 1956, Blanc, D. 1956.481.
GRÈVISSE (F.). — Concl., sur C.E., 19 oct. 1955, Bergeon, Rec. 487.
— Concl., sur C.E., 18 oct. 1957, Société industrielle pour l'utilisation du béton et du bois, D. 1957.735.
— Concl., sur C.E., 8 oct. 1958, Blanchard et Pol, Dr. Soc. 1959.172.
GRÈVISSE (S.). — Concl., sur C.E., 19 déc. 1969, Etablissements Delannoy, R.D.P. 1970.787.
GUIBAL. — Note, sur C.E., 31 janv. 1969, Union nationale des grandes pharmacies de France, D. 1969, p. 360.

GUIONIN. — Concl., sur C.E., 12 janv. 1951, Bompart, D. 1951.256.
HAURIOU. — Note, sous C.E., 27 déc. 1901, Pécard, S. 1902.III.33, Notes, tome 3, p. 307.
— Note, sous C.E., 14 févr. 1902, Blanleuil et Vernaudon, S.1904.3.81, Notes, tome 3, p. 437.
— Note, sous C.E., 6 juin 1902, Goret, S. 1903.III.65, Notes tome 3, p. 313.
— Note, sous C.E., 24 déc. 1909, Commune de la Bassée, S. 1910.3.49, Notes, tome premier, p. 326.
— Note, sous C.E., 30 mars 1916, Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux, S. 1916.III.17, Notes, tome III, p. 578.
— Note, sous C.E., 10 nov. 1916, Chambre des notaires d'Issoire, S.1918.3.17, Notes, tome 3, p. 122.
— Note, sous C.E., 3 août 1917, Compagnie des Messageries maritimes, S. 1917.III.33, Notes, tome III, p. 614.
— Note, sous C.E., 5 nov. 1926, Delphin et 7 janvier 1927, Triller, S. 1927.III.137. Notes, tome premier, p. 201.
HELBRONNER. — Concl., sur C.E., 18 juill. 1913, Syndicat national des chemins de fer, Rec. 875.
HEUMANN. — Concl., sur C.E., 21 déc. 1956, S.N.C.F., A.J.D.A. 1957.II.55.
— Concl., sur C.E., 7 nov. 1958, S.A.R.L. Entreprise Eugène Revert, R.D.P. 1959.596.
— Concl., sur C.E., 7 nov. 1958, Société Electricité et Eaux de Madagascar et territoire de Madagascar, Rec. 530.
— Concl., sur C.E., 13 nov. 1959, Navizet, R.D.P. 1960.1034.
JEANNEAU. — Note, sous C.E., 19 janv. 1962, Confédération nationale artisanale, Dr. Soc. 1962.
JÈZE. — Note, sous C.E., 7 janv. 1927, Triller, R.D.P., 1927.64.
— Note, sous C.E., 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale, R.D.P. 1944.236.
— Note, sous C.E., 6févr. 1948, Société française Radio-Atlantique et Compagnie carcassonnaise de transports en commun (2 arrêts), R.D.P. 1948.244.
JOSSE. — Note, sur C.E., 7 janvier 1927, Triller, D. 1927.III.51.
— Concl., sur C.E., 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, D.P. 1932.III.26.
— Note, sous C.A. Toulouse, 18 juin 1961, D. 1961.669.
— Note, sous T.C., 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot, D. 1963.538.
JOUVIN. — Concl., sur C.E., 7 mars 1958, Secrétaire d'Etat à la Santé Publique, R.D.P. 1958.1087.
— Concl., sur C.E., 19 janv. 1962, Confédération nationale artisanale, Rec. 1946.
KAHN. — Concl., sur C.E., 15 janv. 1968, Barbier, R.D.P. 1969.142.
— Concl., sur T.C., 3 mars 1969, « Société Interlait », A.J.D.A. 1969.309.
— Concl. sur T.C., 8 déc. 1969, Arcival, R.D.P. 1970.187.
LAGRANGE. — Concl. sur C.E., 2 avril 1943, Bouguen, D. 1944.52.
LAROQUE. — Note, sur C.E., 13 janv. 1933, Mironneau, S. 1933.3.42.
LASRY. — Concl., sur T.C., 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot, R.D.P. 1963.776.
LATOURNERIE. — Concl., sur C.E., 19 oct. 1934, Jolivet, S. 1935.III.67.
— Concl., sur C.E., 20 déc. 1935, Etablissements Vézia, R.D.P. 1936. 118.
— Concl. sur C.E., 13 mai 1938, Caisse Primaire « Aide et Protection », D. 1939.3.71.
LAUBADÈRE (de). — Note, sous T.C., 20 nov. 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis », D. 1962.389.
— Note, sous C.E., 28 juin 1963, Narcy, A.J.D.A. 1964.92.
— Note, sous T.C.. 3 mars 1969, Société Interlait, A.J.D.A. 1969.311.
LEFAS. — Concl., sur C.E., 16 mars 1945, Dauriac, D. 1946.141.

LETOURNEUR. — Concl., sur C.E., 8 janv. 1954, Ménard, Dr. Soc. 1954.247.
LE VAVASSEUR DE PRECOURT. — Concl., sur C.E., 9 mars 1883, Banque de France et sieur Lépic, c. le Ministre des Finances, Rec. 250.
LIET-VEAUX. — Note, sous Cass. civ., 29 févr. 1956, R.A. 1956.495.
LONG. — Note, sous C.E., 19 févr. 1954, Palaprat, A.J.D.A. 1954.II.278.
— Concl., sur C.E., 20 avril 1956, Bertin, A.J.D.A. 1956.274.
— Concl., sur C.E., 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c. Grimouard, D. 1956.249.
M.G.W. — Note, sous C.E., 25 juin 1948, Compagnie générale d'importation, Dr. Soc. 1948.313.
MASSOT et DEWOST. — Chr. de jurisprudence, T.C., 15 janv. 1968, Barbier, A.J.D.A. 1968.225.
MAYRAS. — Concl. sur C.E., 12 juin 1959, Berche, A.J.D.A. 1959.247.
MODERNE. — Note sous C.A. Colmar, 1er févr. 1967, Rev. trim. de droit san. et soc. 1969, p. 78.
MOSSET. — Concl., sur C.E., 27 juill. 1951, Caisse mutuelle d'allocations familiales agricoles de la Loire-Inférieure, Dr. Soc. 1952.407.
— Concl., sur C.E., 24 nov. 1954, Syndicat de la raffinerie de soufre française, R.P.D.A. 1956, p. 7.
— Concl., sur C.E., 20 mai 1955, Ben Kaci Arezki, R.J.P.U.F. 1955.611.
NICOLAY. — Concl., sur C.E., 31 janv. 1964, Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon, Dr. Soc. 1964.374.
ORDONNEAU. — Concl., sur C.E., 9 juin 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis » de Rennes, Rec. 836.
P.H. — Note, sous C.E., 26 juin 1946, Morand, S.1947.3.19.
PAULIN. — Concl., sur T.A. Clermont-Ferrand, 13 avr. 1962, Pajault, A.J.D.A. 1962.519.
PÈPY. — Note, sous C.E., 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et Protection », D. 1939.3.71.
PICHAT. — Concl., sur C.E., 4 mars 1910, Thérond, Rec. 193.
PINTO. — Obs., sous C.E., 10 févr. 1956, Société Safla, A.J.D.A. 1956.2.97.
— Obs., sous C.E., 12 oct. 1956, Société des Colloïdes industriels français, A.J.D.A. 1956.2.403.
— Obs., sous C.E., 2 janv. 1959, Syndicat industriel d'utilisation et de transformation des fruits, pâtes de fruits et fruits secs, A.J.D.A. 1959.II.69.
PUYBASSET et PUISSOCHET. — Chr. de jurisprudence, C.E., 23 oct. 1964, Fédération des syndicats chrétiens de Cheminots, A.J.D.A. 1964. 682.
RIGAUD. — Concl., sur C.E., 18 déc. 1964, Ministre du Travail, Dr. Soc. 1965.356.
RIVÈRO. — Note, sous Aix, 4 déc. 1945, Compagnie Générale Transatlantique c. Tournel, S. 1946.2.129.
— Note, sous C.E., 18 avr. 1947, Jarrigion, S. 1948.3.33.
— Note, sous T.C., 28 mars 1955, Confédération générale des petites et moyennes entreprises, J.C.P. 1955.II.8971.
RIVET. — Concl., sur C.E., 7 janv. 1927, Triller, R.D.P. 1927.64.
ROMIEU. — Concl., sur C.E., 6 févr. 1903, Terrier, Rec. 94.
— Concl., sur C.E., 22 mai 1903, Caisse des écoles, Rec. 390.
SAVATIER. — Note, sous C.A. Paris, 12 mai 1959, D. 1960, p. 305.
— Note, sous T.A. Nantes, 31 mai 1963, Ascencio, D. 1964.344.
— Note, sous Cass. civ., 19 janv. 1965, Union meunière du département du Gard, D. 1965.389.
SAVY. — Note, sous C.E., 14 juin 1968, Aulagnier, A.J.D.A. 1969, p. 58.
SCHMELCK. — Concl., sur T.C., 8 déc. 1969, S.A.F.E.R. de Bourgogne, R.D.P. 1970, p. 166 s.
SEGALAT. — Concl., sur C.E., 31 juill. 1942, Monpeurt, R.D.P. 1943.57.
SOTO (de). — Note, sur Conseil du contentieux administratif du Cameroun, 27 déc. 1941, Difoun Moundourou, Recueil Penant, 1946.1.54.
— Note, sous C.E., 10 mars 1950, Département de la Seine, D. 1950. 454.

TEITGEN. — Note, sous C.E., 13 janv. 1961, Magnier, Dr. Soc. 1961.335.
— Note, sous C.E., 6 oct. 1961, Fédération Nationale des huileries métropolitaines, Dr. Soc. 1962.72.
— Note, sous T.C., 20 nov. 1961, Bourguet, Dr. Soc. 1962.550.
WALINE. — Note, sous C.E., 21 oct. 1949, Cie d'assurances La Mutuelle du Mans, D. 1950.162.
— Note, sous C.E., 8 janv. 1954, Ménard, R.D.P. 1954.
— Note, sous C.E., 19 févr. 1954, Palaprat, R.D.P. 1954.1072.
— Note, sous C.E., 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c. Grimouard, R.D.P. 1956.1058.
— Note, sous C.E., 25 oct. 1957, Duval, R.D.P. 1958.506.
— Note, sous C.E., 6 oct. 1961, Groupement national d'achat des produits oléagineux, R.D.P. 1962, p. 722.
— Note, sous T.C., 20 nov. 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis », R.D.P. 1962.964.
— Note, sous C.E., 19 janv. 1962, Confédération nationale artisanale, R.D.P. 1962.971.
— Note, sous C.E., 28 juin 1963, Narcy, R.D.P. 1963.1186.
— Note, sous T.C., 3 mars 1969, Société Interlait, R.D.P. 1969.694.
— Note, sous C.E., 19 déc. 1969, Etablissements Delannoy, R.D.P. 1970.1220.

INDEX ALPHABETIQUE

Abus de droit : 191, 192.
Acte complexe : 59, 145.
Acte type : 66, 70, 81, 146, 179, 233, 242.
Acte unilatéral : 142 s., 150 s., 310.
Action administrative
    agents de l' : 13 s., 131.
    bénéficiaires de l' : 76, 130-131.
    notion d' : 88 s.
Action oblique : 304.
Action pour le compte de
    actes unilatéraux : 164 s., 172 s., 310.
    biens : 274.
    contrats : V. mandat.
    opérations matérielles : 165.
    travaux publics : 260 s.
    responsabilité : 321 s.
Action récursoire : 281, 326 s.
Activité privée : 86, 92, 95, 101, 112.
Activité privée d'intérêt général : 192 s.
Activité publique d'intérêt général : 92, 116.
Affermage : 24, 53, 59, 60, 61, 70 s., 86, 124, 214, 272, 308.
Agent public : 203 s.
Agrément : 52, 66, 78, 86, 225. V. Approbation, Habilitation.
Aide aux activités privées d'intérêt général : 91 s., 132 s.
Approbation : 175 s., 186, 200, 224.
Association : 17, 19, 22, 31, 36, 39, 79, 108, 301.
Association cultuelle : 283.
Association de gérance de l'Ecole d'apprentissage maritime (A.G.E.A.M.) : 190.
Association de propriétaires d'appareils à vapeur (A.P.A.V.E.) : 107.
Associations dirigées : 206.
Association du sport scolaire et universitaire (A.S.S.U.) : 20, 221.
Associations fictives : 19, 79, 133, 194, 306.
    V. Personnes de droit privé fictives.
Association française de normalisation (Afnor) : 27, 79, 109, 225, 256.
Association française pour l'accroissement de la productivité (A.F.A.P.) : 133.
Association nationale de développement agricole (A.N.D.A.) : 20, 79, 133, 134, 146, 224, 277.
Association nationale d'études municipales (A.N.E.M.) : 79.
Association nationale de migration et d'établissements ruraux (A.N.M.E.R.) : 19, 27, 133, 234, 253.
Association nationale interprofessionnelle pour la formation rationnelle de la main-œuvre (A.N.I.F.R.M.O.) : 200, 241, 247.
Association nationale pour les mutations professionnelles en agriculture (A.M.P.R.A.) : 19, 27, 77, 85, 133, 200, 234, 253.
Association pour la formation professionnelle des adultes (A.F.P.A., ex A.N.I.F.R.M.O.) : 27, 79, 200, 225, 230, 248, 253, 257, 258, 272, 277.
Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (A.S.S.E.D.I.C.) : 19, 77.
Association professionnelle des banques : 45, 79, 109.
Association régionale de sauvegarde de l'enfance (A.R.S.E.A.) : 36, 134, 282, 283.
Association technique de l'importation charbonnière (A.T.I.C.) : 20, 110, 234.
Autonomie : 224, 227, 233, 236, 238, 245, 302.
    V. décentralisation, déconcentration, contrôle de tutelle, contrôle hiérarchique.
    — financière : 256.

Autorisation : 65, 78, 86.
— conditionnée : 78.
Autorité (Idée d') : 3.
V. Impérialisme administratif, Principe autoritaire.
Autorité administrative (au sens fonctionnel) : 254.
Avis : 104, 143, 190, 225, 226, 258.
V. consultation des personnes privées.

Banque de France : 20, 34, 123, 126, 150, 164, 257, 284, 287, 288, 310.

Caisses d'allocation familiale : 28, 54, 178, 192, 230, 282.
Caisses d'épargne : 34, 52, 150, 235, 257.
Caisses de mutualité sociale agricole : 133, 178.
Caisses régionales de crédit agricole : 133, 237.
Caisses de Sécurité sociale : 19, 33, 79, 178, 189, 192, 200, 209, 228, 238, 276, 282.
Catégorie juridique : 5, 67, 76.
Centre de lutte contre le cancer : 41, 44.
Centre de transfusion sanguine : 211, 302.
Centre national d'information pour la productivité des entreprises : 79, 207.
Centres privés agréés de vaccination : 237, 317.
Centres régionaux de l'enfance inadaptée (C.R.E.A.I.) : 85, 134, 224.
V. A.R.S.E.A.
Centres techniques industriels : 19, 34, 79, 119, 221, 225, 241.
Chambres de discipline des officiers ministériels : 19, 33, 79.
Charte partie : 66, 76.
Chicorée : 148.
Clauses exorbitantes : 188, 200 s., 211, 214.
Cogestion : 20.
Collaboration : 1 à 6, 21, 99, 132.
Collaboration bénévole : 54-55, 99.
Colombophilie : 107.
Comédie française : 157.
Comité des pêches maritimes : 19, 45 s., 109.
Comités d'expansion économique : 241.
Comités d'organisation : 33, 45 s., 206, 285.
Comité national routier : 18, 57, 146.
Commission de notoriété médicale : 143.
Communautés d'habitants : 103.
Communautés urbaines : 59.
Compagnie d'aménagement des Landes de Gascogne : 36, 189.
Compagnie d'aménagement du Bas-Rhône et du Languedoc : 207, 227.
Compagnies de colonisation : 103.
Compagnie des Indes orientales : 27.
Compagnie générale des allumettes : 108.
Compagnie générale des automobiles postales : 253.
Compagnie générale du gaz : 252.
Compagnie nationale Air-France : 115, 170, 225, 281, 283.
Compétence
Blocs de : 168, 292.
Complexité de la répartition des : 195, 201, 291, 293, 298
et fond de droit : 186, 187, 201, 202, 203, 222, 290, 299, 324.
Simplification de la répartition des : 172.
Compétence liée : 63, 148, 176, 184.
Concession : 2, 26, 59, 68 s., 86, 2, 97, 301, 308.
Cession de : 60.
— de service public : 68 s., 91, 100, 103, 104, 116, 124, 191, 232, 275.
— de travaux publics : 68 s., 291, 294, 307.
— de travaux publics et de service public : 19, 25, 26.
Concessionnaire de mines : 283.
Congrégations : 25.
Consortiums : 20, 26, 206.
Consultation des personnes privées : 143-144.
V. Avis.
Contentieux de l'excès de pouvoir : 3.
Contentieux de pleine juridiction : 3.
Continuité du service public : 84, 243 s., 276.
Contrat administratif : 187 s.
Contrat comportant occupation du domaine public : 191, 288.
Contrat de gérance : 66, 76, 233.

Contrat de louage de services : 119, 208 s., 212, 221.
Contrat de programme : 76.
Contrat de stabilité : 76.
Contrat innomé : 76 s.
Contravention de grande voirie : 276.
Contrôle : 2, 17, 34, 41, 61, 82, 257.
Détournement du pouvoir de : 177.
Contrôle contentieux : 184.
Contrôle de tutelle : 81, 165, 174 s., 223 s., 245.
Contrôle hiérarchique : 166, 174, 182 s., 223, 231 s., 245, 249.
Conventions collectives : 148.
Convention de gestion : 60.
Course : 24, 84.
Course de chevaux : 107.
Crédit Foncier : 34, 133, 135.
Crédit National : 27, 34, 57, 133, 233, 257, 301, 315.
Critère formel ou organique : 14, 32, 35 s., 172, 188, 198, 208 s., 273, 328.
Critère financier : 33, 76, 241, 251, 256.
Critère matériel : 35. V. service public fonctionnel.
Croix-Rouge : 1, 25, 257.
Cumuls : 240 s.

Décentralisation 6, 140, 182, 223, 227, 238, 328.
V. contrôle de tutelle et autonomie.
Déchéance : V. Habilitation - retrait.
Déchéance quadriennale : 256.
Déconcentration : 223, 238.
V. contrôle hiérarchique, pouvoir d'instruction.
Délégation : 24, 45, 52, 53, 65, 78, 79, 101, 102, 105, 106, 167, 173, 174, 293.
Démembrements : 20, 23.
Hostilité à l'égard des : 23, 62, 194.
Démocratie administrative : 332.
Démocratie économique et sociale : 28, 29.
Deniers : 255.
Dépendance (Liens de) : 52, 222 s., 245 s., 249.
V. contrôle hiérarchique et contrôle de tutelle.
Détachement : 205 s.
Dévolution des biens : 277.
District urbain : 59.
Domaine public : 272 s.
Droit (Fonction du) : 14.
Droits acquis : 101, 177, 226.
Droits de la défense : 230.
Droit étranger : 5.
Droit public et droit privé (distinction) : 331.
Durchgriff : 38-39.

Ecoles du droit public : 2, 3.
Ecole libre des Sciences Politiques : 113.
Economie concertée : 76.
Economie mixte : V. sociétés d'économie mixte.
Education surveillée : 52, 318.
Egalité (Principe d') : 246.
Elections : 1.
Empirisme.
— du juge : 44, 319, 323.
— du législateur : 58.
Emprise : 297.
Enrichissement sans cause : 55.
Ententes obligatoires : 19, 108, 148.
Entrepreneur de travaux publics : 232, 261, 291, 311.
Entreprise : 13.
Entreprise minière et chimique : 242.
Entreprises publiques : 19, 23, 29, 35, 37, 215, 218, 225, 240, 242.
Entreprises subventionnées : 240.
Epuration administrative : 210, 248.
Etablissement d'utilité publique : 31, 32, 33, 36, 38, 116, 146, 157, 191.
Etablissement psychiatrique privé : 117.
Etablissement public : 32, 34, 46.
Etat (définition de l') : 1.

Etat « successeur » d'une personne privée : 304.
Etatisation : 29.
Expropriation : 3, 258.

« Façade » (organismes de) : V. Personnes privées fictives.
Faculté d'empêcher : 175 s., 186, 224 s.
Faculté de statuer : 179 s., 186, 224 s.
Fédération départementale des chasseurs : 107, 235, 282.
Fédération départementale de pêche : 102, 107.
Ferme : V. affermage.
Fiction (Théorie de la) : 35.
Financement sur fonds publics : 17, 19, 23, 256. V. aide parafiscalité, subvention.
Finances publiques (Protection des) : 56, 167, 328.
Fonctions de direction (Théorie des) : 215.
Fonctions étatiques : 1, 2.
Fonction juridictionnelle : 45.
Fonction publique : 3, 23.
Fonctionnaire de fait : 54-55.
Fond du droit : 199, 202, 221, 240, 243, 330.
V. compétence et fond du droit.
Fondation : 13, 20, 32, 251.
Fondation nationale des Sciences Politiques : 20.
Fournisseurs : 294.

Gestion d'affaires : 55.
Gestion de fait : 56.
Gestion privée : 5, 299.
Gestion publique : 298.
Grève : 243 s.
Groupements de défense contre les ennemis des cultures : 18, 79, 119, 159, 256.
Groupements d'importation et de répartition : 20, 36, 218, 233.
Groupements d'intérêt économique : 13.
Groupements nationaux d'achat : 20, 153, 234.
Groupements professionnels routiers : 18.
Guerre (Compétence de) : V. course.
Temps de paix, Temps de : 24 s., 122, 223, 301.

Habilitation : 60 s., 118, 119, 123, 221, 236, 332.
Absence d' : 54.
Approbation de l' : 53, 59.
Autorités compétentes pour accorder l' : 56 s.
— consentie : 79.
— contractuelle : 65, 67 s.
Dépassement de l' : 55.
Effet de l' : 83 s.
Expiration de l' : 54. V. retrait de l'.
— imposée : 62-63, 79, 302.
— in abstracto, in concreto : 58, 66.
— interdite : 62.
Légalité de l' : 53, 57.
Nécessité de l' : 51 s.
— permise : 61.
Protection de l' : 84.
Retrait de l' : 84, 85, 226, 332.
— unilatérale : 65 s., 77 s.
Halage : 124.
Haute direction : 85, 121, 163, 174, 219, 230, 272, 332.
Hiérarchie : V. contrôle hiérarchique.
Homologation : 175 s.

Impérialisme administratif : 21, 332.
Impôt : 3, 24, 257.
Imprévision : 73.
Imputation (en tant que critère de l'acte administratif unilatéral) : 163 s.
Inadaptation de l'Administration : 21 s., 332.
Inaliénabilité : 276.
Insaisissabilité : 276.
Institut d'aménagement et d'urbanisme de la région parisienne (I.A.U.R.P.) : 20.
Instructions : V. Pouvoir d'instruction, Contrôle hiérarchique.

Intégration
— juridique, organique : 239, 324, 332.
— des personnels : 210, 253.
Intervention
Notion d' : 1 s., 11 s., 87 s., 99, 204, 277.
Cessation de l' : 84, 277, 332.
— fin : 28 s., 332.
— moyen : 22 s., 332.
Interventionnisme : 26, 79, 129, 205, 286.
Investiture : 233 s. V. aussi Habilitation.
Investiture de fait : 54.

Légalité (Collaboration au maintien de la) : 3.
Législateur (Interprétation de la volonté présumée du) : 44.
Lettres de marque : V. Course.
Liberté (Idée de) : 3.
Litige administratif : 293.

Maisons de la culture : 224, 248, 275.
Mandat : 55, 67, 74 s., 165, 198, 233, 288 s., 310 s., 325.
— tacite : 194.
Marches agricoles (organisation des) : 109-110.
Marché commun : 110, 234.
— de fourniture : 76, 200.
— de transport : 76.
— de travaux publics : 76, 187.
— d'intérêt national : 58, 286.
Méthode
— du juge : 43, 118, 156. V. Empirisme.
— en droit public : 95.
Milice : 103, 316, 317.
Mise en demeure : 180.
Mission de service public : 36, 51, 53, 76, 79, 119, 155, 159, 163, 189, 212, 262 s.
Monopole : 63, 113, 127, 155.
Motivation (Principe de non motivation) : 185.

Nationalisation : 19, 29, 113, 206, 287.
Neutralité du service public : 246 s.
Notion
— conceptuelle, fonctionnelle, générique : 135.
Elaboration des — juridiques : 241.
Nourriciers : 314, 328.
Novation juridique : 14.

Obligation de mutisme : 247, 250.
— de réserve : 247, 249.
Occupation temporaire : 258, 261, 293, 297, 298, 307.
Offre de concours : 192.
Opérations matérielles : 99, 107, 144, 165, 290, 295, 322.
Opportunité
Absence de contrôle de l' : 61, 63. V. Pouvoir discrétionnaire.
Motifs d'— inspirant le juge administratif : 44, 63. V. Empirisme.
Ordres professionnels : 42, 45 s., 285.
Ordre intérieur : V. Pouvoir d'instruction.
Ordre public : 25.
— administratif : V. Police administrative.
— économique : V. Police économique.
Ordures ménagères : 76, 230, 253.
Organisations corporatives agricoles : 18, 153, 156.
Organisation du sport scolaire et universitaire : 20.
Organisations professionnelles les plus représentatives : 64, 148.
V. Syndicat.
Ouvrage public : 271, 292.

Parafiscalité : 17, 60, 83, 241-242, 256, 277.
Participation des personnes privées aux actes unilatéraux des personnes publiques : 143.
— directe à l'exécution du service public : 76, 212.
Partis politiques : 1.
Permission de voirie : 65, 78, 80.

Personnes physiques : 2, 55.
— morales de droit privé et personnes morales de droit public (distinction des) : 14, 31 s., 202, 255, 256, 331.
— morales de droit privé « authentiques » et « fictives » (distinction des) : 16 s.
— fictives : 63, 206, 276.
Persuasion : 27.
Police : 89 s., 96 s. ; 315 s. (Responsabilité en matière de).
— économique : 98, 108 s., 149.
— privée : 99.
Polices professionnelles : 146.
Police rurale : 104.
Polices spéciales : 107 s.
Police et réglementation : 97, 146.
Pompes funèbres : 63, 124, 230, 236.
Postes : 24.
Postes privés de radiodiffusion : 78, 206.
Pouvoir d'instruction : 133, 231 s.
Pouvoir discrétionnaire : 63, 81, 148, 184, 226.
— réglementaire : 145 s.
— réglementaire de droit privé : 143, 155.
Pratique administrative : 244.
Préemption (droit de) : 160.
Préposé : 313 s.
Prérogatives de puissance publique : 5, 17, 36, 83, 134, 142, 149, 156, 160, 191, 199, 200, 256, 258, 276.
notion de — : 161.
Prêt de biens : 272.
— de personnel : 204, 304 (Responsabilité et —).
Principe autoritaire : 21. V. Autorité.
— démocratique : 21.
— paritaire : 18, 20.
Puissance publique :
Critère de la — : 33, 37.
— et actes unilatéraux : 120, 139, 162.
— et contrats : 202.
— et agents : 254.
— et responsabilité : 279, 298, 327.

Quasi agent : 222.
Quasi contrat : 56, 284, 287.
Question préjudicielle : 185.

Rachat : 85.
Réformation : 167, 177, 183, 231, 237.
Régie coopérative : 22.
Régie intéressée : 40, 70 s., 81, 207, 251, 272, 308, 316.
Règlements : 157, 168.
— de police : 146.
— organiques des services publics : 115 s., 146.
Règlement conventionnel : 147.
Règlement intérieur : 142.
Répartition (des produits) : 57, 79, 109, 154, 183.
Représentation : 322, 323. V. Imputation, Mandat.
Représentation des intérêts : 27, 29.
Répression des fraudes : 26, 108.
Réquisition : 25, 53, 81, 83, 214, 243, 257, 258, 315, 323.
Responsabilité : 40, 57, 59, 83, 106, 167, 279 s.
— contractuelle : 283, 287, 297, 302.
Convention sur la — : 304, 326.
Dommages de travaux publics : 290 s., 297, 308.
— exclusive : 309, 324 s.
Faute personnelle - faute de service : 325-326.
Imputabilité : 320 s.
Option : 309, 324 s.
— parallèle : 309, 312, 324 s.
— pénale : 84.
— principale : 308 s.
— sans faute : 283, 285-286, 317, 319.
— solidaire : 307, 316, 325.
— subsidiaire : 307 s., 312.
Risques et périls : 37, 59, 73 s., 117, 134, 198, 257, 315.

Sanctions
— administratives : 148-149.
— disciplinaires : 216 s.
— financières : 237.
Science administrative : 14, 16.
Secours National : 206, 233.
Secteur public : 14.
— semi public : 14, 20, 36, 231.
Service public
— administratif : 42, 126, 151 s., 155, 212, 215, 290, 292, 295.
Affectation à un — : 117, 272 s.
Classification des — : 121 s.
Création : 112 s., 131.
— en droit fiscal : 116.
Gestion des — : 116 s.
— industriel et commercial : 42, 123 s., 163, 169 s., 212 s., 215, 292.
— non susceptible d'être concédés : 62, 126 s.
Notion de — : 89 s., 112. V. Mission de service public.
Notion classique du — : 116.
Notion économique du — : 121.
Notion fonctionnelle du — : 116 s., 139, 211, 235, 248, 255, 257, 258, 261, 274, 300.
Notion de — et notion de police : 90, 94, 106.
Notion de — et régime juridique : 139, 329.
Actes : 160, 162.
Agents : 211, 239, 243, 254.
Contrats : 202.
Deniers : 255.
Domaine : 272.
Travaux publics : 262 s.
Responsabilité : 262 s.
Organisation du — : 113 s.
— social : 128-129.
Suppression du — : 112-113.
— virtuel : 78 s.
Servitudes : 57, 258, 276, 284.
Société : 1, 19, 32, 36.
— anonyme : 2, 22, 36.
— coopérative : 36.
— commerciale des potasses d'Alsace : 110.
— d'aménagement foncier et d'établissement rural (S.A.F.E.R.) : 32, 77, 85, 127, 158, 160, 272, 277.
— d'aménagement régional : 189.
— d'assistance aux blessés et malades des armées : 25, 233.
— d'économie mixte : 19, 34, 37, 124, 194, 198, 242, 252, 257, 275, 276, 281.
— de Patronage : 282.
— de préparation militaire : 52, 206, 304.
— de publicains : 24.
— des pompes funèbres générales : 63.
— de secours mutuels : 26, 36, 52.
— des transports en commun (de la région parisienne) : 72, 214, 283.
— du Port de pêche de Lorient : 242.
— interprofessionnelle du bétail et des viandes (S.I.B.E.V.) : 85, 234, 315.
— interprofessionnelle des oléagineux fluides alimentaires (S.I.O.F.A.) : 234.
— Interlait : 13, 110, 135, 190, 195.
— nationales : 33.
— nationale de construction de logement pour les travailleurs (S.O.N.A. C.O.T.R.A.) : 242.
— de construction aéronautique du Sud-Est (S.N.C.A.S.E.) : 235.
— nationale des chemins de fer français (S.N.C.F.) : 32, 107, 115, 169, 191, 216, 217, 244, 256, 257, 276.
— nationale des entreprises de presse (S.N.E.P.) : 38.
— nationalisées : 33.
— d'assurances : 123.
— professionnelle des papiers de presse : 110.
— professionnelles ou interprofessionnelles d'intervention : 19, 34, 60, 77, 225, 227.
Sous-traitants : 294.

Spécificité (du régime juridique applicable aux personnes privées) : 139, 259, 326.
Absence de — : 184 s., 205, 284, 290, 329.
Structures de substitution : 22.
Subdélégation : 60.
Substitution d'action. V. Faculté de statuer.
Subvention : 17, 73, 81, 105, 125, 133, 214, 241, 277.
— conditionnée : 131.
Sujétions : 121, 200, 222, 239 s.
Syndicats : 19, 26, 29, 32, 36, 52, 64, 108, 113, 148, 153, 154.
— de migration et d'établissements ruraux : 253.
— d'initiatives : 105, 282.
— intercommunaux : 57, 59.
— mixtes : 59.

Technique conventionnelle : 147.
— juridique : 12, 17, 147.
Tendance étatiste : 29.
— syndicaliste : 29.
Transaction : 45.
Transformation d'une personne privée en personne publique : 210, 266.
Travail public : 260 s.
Tutelle. V. Contrôle de.
— indirecte : 81.

Union meunière : 190.
— nationale des associations de famille (U.N.A.F.) : 52, 58.
— nationale des associations de tourisme (U.N.A.T.) : 77, 104, 224.
— nationale interprofessionnelle du cheval (U.N.I.C.) : 109.
— nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (U.N.E.D.I.C.) : 19.
Union régionale de secours mutuels : 282.

Voie de fait : 297.
Voies d'exécution : 276.
Votations : 1.

TABLE DES MATIERES

PREFACE, ...

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION D'INTERVENTION DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE.

Titre I. — LES AGENTS DE L'INTERVENTION..... 13

Chapitre I. — *Dualité sociologique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative* 16

Section I. — Distinction des personnes morales de droit privé « authentiques » et des personnes morales de droit privé « fictives » 16

§ 1. — Recherche d'un principe de distinction 16

§ 2. — Difficulté de la mise en œuvre du principe 18

Section II. — Les raisons de l'intervention des personnes morales de droit privé « authentiques » et « fictives » dans l'action administrative 21

§ 1. — Prééminence de l'intervention-moyen 22

A) Les raisons de l'intervention des personnes morales de droit privé « fictives » 22

1° Inadaptation des structures administratives 22

2° Inadaptation des règles de fond du droit public 23

B) Les raisons de l'intervention des personnes morales de droit privé « authentiques » 24

1° Insuffisance quantitative de l'administration 24

2° Insuffisance qualitative 26

§ 2. — Caractère effacé de l'intervention-fin 28

A) Caractère limité 28

B) Caractère menacé 29

Chapitre II. — *Unité juridique des personnes morales de droit privé intervenant dans l'action administrative* 31

Section I. — Institutions constituées en la forme d'une personne morale de droit privé 31

§ 1. — Rejet du critère formel par une partie de la doctrine .. 32

§ 2. — Application du critère formel par la jurisprudence 35

A) Portée générale du principe 35

B) Prétendues exceptions et exceptions véritables 38

Section II. — Personnes morales constituées dans une forme indéterminée 40

§ 1. — Multiplicité et inexactitude des critères doctrinaux 41

§ 2. — Absence de critère jurisprudentiel précis 43

§ 3. — Position adoptée 45

Titre II. — LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'INTERVENTION 49

Chapitre I. — *Le problème de l'habilitation préalable* 50

Section I. — La nécessité d'une habilitation préalable 50

§ 1. — Le principe : L'habilitation préalable, condition nécessaire de l'intervention 51

§ 2. — L'exception : Admission de l'intervention sans habilitation préalable 54

Section II. — La nécessité d'une habilitation préalable par une personne publique 56

Sous-section I. — Les autorités compétentes pour accorder l'habilitation 56

§ Préliminaire. — L'intérêt juridique de la déterminetion des autorités compétentes pour accorder l'habilitation 57

§ 1. — Compétence exclusive des personnes publiques 58

§ 2. — Exclusion des personnes privées 60

Sous-section II. — Le contenu de la compétence d'habilitation 61

§ 1. — Le problème du choix entre l'action directe et l'habilitation 61

A) Habilitation permise 61

B) Habilitation interdite 62

C) Habilitation imposée 62

§ 2. — Le problème du choix de l'institution à habiliter 63

Chapitre II. — *Les différentes catégories d'habilitation* 65

Section I. — Habilitations contractuelles et habilitations unilatérales 65

§ 1. — Habilitations contractuelles 67

A) Concession de travaux publics, concession de service public, affermage, régie intéressée 68

1° — Concession de travaux publics et concession de service public 68

2° — Concession de service public, affermage, régie intéressée 70

B) Le mandat 74

C) Les autres habilitations contractuelles 75

§ 2. — Habilitations unilatérales 77

Section II. — Le choix de l'administration entre les différentes catégories d'habilitations 80

§ 1. — Le choix entre habilitations de nature juridique différente 80

§ 2. — Le choix entre habilitations de même nature juridique 81

Chapitre III. — *Les effets de l'habilitation* 83

Titre III. — L'OBJET DE L'INTERVENTION 87

Chapitre I. — *Le contenu de l'action administrative* 88

Section I. — La classification des fonctions de l'administration 89

§ 1. — La distinction dualiste des tâches administratives .. 89

§ 2. — L'aide aux activités privées d'intérêt général 91

§ 3. — L'activité publique d'intérêt général 92

§ 4. — Solution retenue 93

Section II. — La portée de la classification 93

Chapitre II. — *Le contenu de l'intervention* 96

Section I. — L'intervention dans la fonction de police 96

Sous-section I. — Sens donné au mot police 96

Sous-section II. — L'intervention dans la fonction de police .. 99

§ 1. — Les positions doctrinales 100

A) Les auteurs rejetant l'idée d'intervention 100

B) Les auteurs admettant l'idée d'intervention 101

C) Synthèse des positions doctrinales 102

§ 2. — Les solutions du droit positif 103

A) La police administrative générale, domaine d'intervention interdit 103

B) Polices spéciales et police économique, domaine d'intervention autorisé 107

1° — L'intervention en matière de polices spéciales 107

2° — L'intervention en matière de police économique 108

Section II. — L'intervention dans la fonction de service public 111

§ 1. — La nature de l'intervention 111

A) Absence d'intervention dans la création des services publics 112

B) Le problème de l'intervention dans l'organisation du service public 113

C) Le domaine d'élection de l'intervention : la gestion des services publics 116

§ 2. — La nature des services publics gérés 121

A) Services publics caractérisés autrement que par leur objet 122

B) Services publics caractérisés par leur objet 123

1° — La gestion de services publics à caractère industriel ou commercial 123

2° — La gestion de services publics de nature administrative 126

3° — Gestion de services publics par des personnes morales de droit privé et service public social 128

Section III. — L'intervention dans la fonction d'aide aux activités privées d'intérêt général 129

§ 1. — Précisions sur la notion d'aide aux activités privées d'intérêt général 130

§ 2. — L'intervention dans la fonction d'aide aux activités privées d'intérêt général 132

A) Intervention dans l'octroi de l'aide 132

B) Intervention dans l'exercice du contrôle 134

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 135

DEUXIÈME PARTIE

LE REGIME JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE INTERVENANT DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE.

Titre I. — LES ACTES JURIDIQUES 141

Chapitre I. — *Les actes unilatéraux* 142

Section préliminaire. Position du problème 142

Section I. — Le pouvoir de décision unilatérale des personnes morales de droit privé 144

Sous-section I. — Le contenu du pouvoir de décision unilatérale 144

§ 1. — Le pouvoir règlementaire 145

A) Les actes de nature règlementaire 146

B) Les actes ayant une portée règlementaire 147

§ 2. — Les actes individuels exécutoires 149

Sous-section II. — La nature juridique des décisions unilatérales 150

§ 1. — Le double critère de l'acte administratif selon la jurisprudence du Conseil d'Etat (Services publics administratifs) 151

A) Le critère de l'acte administratif fondé sur la nature propre de l'acte 152

1° — Caractère non administratif des actes pris pour le fonctionnement interne de l'institution auteur de l'acte et régissant des rapports de droit privé 152

2° — Caractère administratif des actes comportant l'usage dans l'exercice d'une mission de service public de prérogatives de puissance publique 156

B) Le critère de l'acte administratif fondé sur l'imputation de l'acte unilatéral d'une personne privée à une personne publique 163

§ 2. — Extension du domaine d'application de la notion d'acte administratif pris par une personne privée en vertu de la jurisprudence du Tribunal des Conflits (Services publics industriels et commerciaux) 169

A) L'arrêt Rolland 169

B) L'arrêt Barbier 170

Section II. — Le contrôle de l'exercice du pouvoir de décision unilatérale 174

Sous-section I. — Le contrôle administratif 174

§ Préliminaire. — Position du problème 174

§ 1. — Le contrôle de tutelle 175

A) Le principe : La faculté d'empêcher 175

1° — Faculté d'empêcher des mesures dont l'effet exécutoire est subordonné à l'intervention préalable et expresse de l'autorité de tutelle 175

2° — Faculté d'empêcher des mesures dont l'efficacité n'est pas subordonnée à une manifestation de volonté préalable et expresse de l'autorité de tutelle 178

B) L'exception : La faculté de statuer 179

1° — Substitution d'action 179

2° — Substitution indirecte par acte type 180

§ 2. — Le problème de la soumission au contrôle hiérarchique 182

Sous-section II. — Le contrôle contentieux 184
§ 1. — Le contrôle direct des actes administratifs 184
§ 2. — Le contrôle indirect des actes privés 185

Chapitre II. — *Les contrats* 187

Section 1. — Incompatibilité de la notion de contrat conclu entre personnes privées et de celle de contrat administratif (Aspect contentieux) 188
§ 1. — Le principe 188
§ 2. — Les exceptions 190
A) Les contrats de droit public par détermination de la loi 191
B) Les contrats de droit public selon la jurisprudence 192
1° — Par application de la notion de mandat 193
2° — En application de l'arrêt du Tribunal des Conflits, Société Entreprise Peyrot 196

Section II. — Compatibilité du régime juridique des contrats conclus entre personnes morales de droit privé avec le régime juridique des contrats administratifs (Fond du droit) .. 199

Titre II. — LA CONDITION JURIDIQUE DES AGENTS 203

Chapitre préliminaire. — *Les agents publics au service des personnes privées intervenant dans l'action administrative*.... 204

Chapitre I. — *Incompatibilité de la notion d'agent public et de la notion d'agent d'une personne morale de droit privé (Aspect contentieux)* 208

Section I. — Incompatibilité par manque de l'élément organique de la notion d'agent public 208

Section II. — Incompatibilité absolue 211
§ 1. — Incompatibilité ne cédant pas devant la participation directe de l'agent à l'exécution du service public 211
§ 2. — Incompatibilité subsistant malgré la présence d'une participation ou de clauses exorbitantes du droit commun 214
§ 3. — Indifférence quant à la nature des fonctions assumées .. 214

Chapitre II. — *Compatibilité de la qualité d'agent privé et d'une soumission partielle à un régime de droit public (Fond du droit)* 221

Section I. — Dépendance à l'égard des autorités publiques 223
§ 1. — Dépendance par la voie du contrôle de tutelle 223
A) En matière de désignation des agents 224
B) En matière de désinvestiture et de pouvoir disciplinaire .. 227
§ 2. — Dépendance par la voie du contrôle hiérarchique 231
A) Etendue et fondement du pouvoir d'instruction 232
B) Portée et sanction du pouvoir d'instruction 236

Section II. — Soumission à certaines règles du régime administratif 238
§ 1. — Sujétions 239
A) Limitation des rémunérations 240
B) Limitation du droit de grève 243
C) Limitation de la liberté d'expression 246
§ 2. — Avantages 251

Titre III. — LA CONDITION JURIDIQUE DES BIENS 255

Chapitre I. — *La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative dans ses rapports avec la notion de travail public* 260

Section I. — La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative et la notion classique de travail public 261

Section II. — La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative et le critère du travail public résultant de l'arrêt Effimieff 262

§ 1. — Inexactitude des interprétations doctrinales de l'arrêt Effimieff 263

A) Inexactitude de la définition du travail public donnée par la majorité de la doctrine 263

B) Inexactitude de la définition selon laquelle est un travail public le travail immobilier exécuté par tout organisme quelconque remplissant une mission de service public 265

C) Inexactitude de la thèse affirmant le caractère non novateur de l'arrêt Effimieff 267

§ 2. — La signification de l'arrêt Effimieff 268

Chapitre II. — *La notion d'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative dans ses rapports avec la notion de domaine public* 272

Titre IV. — LA RESPONSABILITE 279

Chapitre I. — *La responsabilité administrative des personnes privées* 280

Section I. — Le principe : Incompétence des tribunaux administratifs 281

Section II. — Les exceptions : Les cas de compétence de la juridiction administrative 283

Sous-section I. — Responsabilité résultant des dommages causés par des actes juridiques ou par la méconnaissance d'une obligation s'y rattachant 285

§ 1. — Dommages ayant leur origine dans les actes administratifs unilatéraux des personnes privées 285

§ 2. — Dommages résultant de la violation d'une obligation contractuelle 287

A) Compétence administrative par détermination de la loi 287

1° — En application de l'article 21 de la loi du 22 avril 1806 287

2° — En application du décret-loi du 17 juin 1938 288

B) Compétence administrative en application des critères jurisprudentiels 288

1° — En application de l'arrêt du Tribunal des Conflits, Société, Entreprise Peyrot 288

2° — En application de la théorie du mandat 288

Sous-section II. — Responsabilité résultant de dommages causés par des opérations matérielles 290

§ 1. — Compétence administrative par détermination de la loi en matière de dommages de travaux publics 290

A) Article 4 de la loi du 28 Pluviose an VIII 290

B) Article 10 de la loi du 29 décembre 1892 293

§ 2. — Compétence administrative en application des critères jurisprudentiels pour les dommages résultant d'opérations matérielles effectuées dans l'exercice d'une mission administrative de service public 295

Sous-section III. — *Les exceptions aux exceptions ou le retour au principe* 296

Chapitre II. — *La responsabilité de la puissance publique du fait de l'activité dommageable des personnes privées* 300

Section I. — Le principe : L'irresponsabilité de la puissance publique 300

Section II. — Les exceptions : La responsabilité de la puissance publique 303

Sous-section préliminaire. Délimitation du sujet 303

Sous-section I. — Le domaine de la responsabilité 306

§ 1. — Les atténuations au principe d'irresponsabilité : La responsabilité subsidiaire 307

A) Dommages résultant d'une occupation temporaire 307

B) Dommages de travaux publics dans le cas d'une concession 308

§ 2. — Les atteintes au principe d'irresponsabilité : La responsabilité principale 308

A) Dommages résultant de décisions prises pour le compte d'une collectivité publique 310

B) Dommages résultant de l'exécution défectueuse d'un mandat 311

C) Dommages résultant de travaux effectués à l'entreprise .. 312

D) Dommages résultant de l'activité de diverses institutions agissant sous l'autorité de la puissance publique 313

E) Dommages résultant de l'exercice de la fonction de police 316

F) Dommages résultant d'accidents consécutifs à des vaccinations obligatoires 317

G) Dommages causés par des enfants confiés à des personnes privées participant à l'exécution du service public de l'éducation surveillée 318

Sous-section II. — Le régime de la responsabilité 320

§ 1. — Les conditions d'imputabilité 320

A) Imputabilité conditionnée par l'existence d'une action pour le compte d'une personne publique 321

B) Imputabilité subordonnée à l'exercice d'une activité sous l'autorité de la puissance publique 322

§ 2. — Les effets de l'imputabilité 324

A) Effets de l'imputabilité à l'égard de la victime 324

B) Effets de l'imputabilité à l'égard de la personne privée 326

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE 329

CONCLUSION GENERALE 331

BIBLIOGRAPHIE 333

INDEX ALPHABETIQUE 349

TABLE DES MATIERES

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS - 1436
Dépôt légal : 1er Trimestre 1971

Printed in France

IMPRIMERIE BOSC FRÈRES
42, quai Gailleton
LYON (2e)
N° 5164 - 1er Trimestre 1971